

طريق الخلافة في الفقه

بين الأئمة الأسلاف

تصنيف الشيخ الإمام العلاء العالم
محمد بن عبد الحميد الأسندي (٥٥٢ هـ)

حققه وعلق عليه ويشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدني
بكليات الشريعة والقانون بالجامعات العربية
ونائب رئيس محكمة النقض
(سابقاً)

ملاحظة هامة

نكرر فيما يلي بعض ما ذكرناه في المقدمة لأهميته :

١ — هذا الكتاب - في كثير منه - مقارنة بين « فقه أبى حنيفة » و « فقه الشافعى » . وهو أمر ملحوظ في كتب الحنفية . وقد تكون بين أبى حنيفة وبين صاحبيه .

٢ — كثيراً ما يرد بين العبارات بعد تساؤل بين أمرين حرفان هما : ع م . وقد ين في هامش الورقة ١/٣٢ من المخطوطة المقصود بهما كما يلي :

حرف العين (ع) يقصد به : « والأول ممنوع » .

وحرف الميم (م) يقصد به : « ولئن سلمنا » .

٣ — وأحياناً يرد أيضاً حرف (هـ) في مكان ما من الكتاب دون أن يبين في أى موضع من الكتاب المقصود به . ولعله يشير - عند الناسخ - إلى نهاية ما وقف عنده حتى يستأنف العمل منه . فاثبتناه كما هو في موضعه .

والله أعلم .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[١]

كتاب الطهارة

٢/١

١ — مسألة : الخارج النجس من بدن الآدمي ، من أى موضع كان ، يوجب انتقاض الطهارة . وعنده (١) من السبيلين .

والوجه فيه — أن الخارج من غير السبيلين يشارك الخارج من السبيلين في الوصف المؤثر في إيجاب الوضوء ، فيشاركه في إيجاب الوضوء . .

وإنما قلنا ذلك — وذلك لأنه يشاركه في خروج النجاسة ، فيكون مشاركاً له في الوصف المؤثر في إيجاب الوضوء .

وإنما قلنا بأنه يشاركه في خروج النجاسة ، لأن الدم نجس ، ولهذا منع جواز الصلاة (٢) إذا زاد على الدرهم بالإجماع ، وخروج النجاسة وصف مؤثر في إيجاب الوضوء ، لأن نجاسة المحل توجب الإخلال بالتقرب إلى المعبود وتنع التعظيم في العبادة ، فمست الحاجة إلى كمال التعظيم في العبادة ، وذلك برفع المانع من التعظيم ، وهو النجاسة ، ورفع النجاسة (٣) . إنما يكون بضدها ، وهو الطهارة ، حكماً كان أو حقيقة .

(١) قال السمرقندى في التحفة ١ : ٢٣ — « .. وقال [مالك] في قول ، وهو قول الشافعى : هو خروج الشيء من السبيلين لا غير ، كيفما كان » . وفي الروضة الندية ، ١ : ٨٠ : « .. قال الشافعى رحمه الله : خروج النجاسة من غير الفرجين لا يوجب الوضوء . قال أبو حنيفة رحمه الله : يوجب بشرطه ... » . وانظر أيضاً : ابن رشد ، بداية المجتهد ، ١ : ٣٤ . وابن قدامة : المغنى ، ١ : ١٨٤ .

(٢) هنا تبدو علامة نقص وفي الهامش بخط غير واضح : « بالإجماع » وهذه الكلمة موجودة بعد قليل .

(٣) قد تكون « الجنابة » .

فعلّم أنه يشاركه في الوصف المؤثر في إيجاب الضوء ، فيشاركه في إيجابه .

فإن قيل : قولكم بأن الخارج من غير السبيل يشارك الخارج من السبيلين - قلنا : لا نسلم . وظاهر أنه لا يشاركه ، لأن الحكم في السبيلين ثبت نصاً غير معقول المعنى ، على سبيل التعبد ، فلا يتعدى إلى غيره .

ولئن سلمنا أنه يشاركه فيما ذكرتم ، ولكن لم قلتم بأن خروج النجاسة وصف مؤثر ، أو نقول : الحكم تعلق بحقيقة النجاسة أم بدليلها ؟ ع م . وهذا لأن الخارج من السبيلين قد يكون نجسا كالبول والعذرة^(١) ، وقد يكون طاهراً كالولد والدود ، فلو علقنا الحكم بأحدهما دون الآخر يحتاج الإنسان إلى النظر والتمييز بين خارج وخارج ، فيؤدى إلى الحرج والاستقذار^(٢) - فالشرع أعرض عن اعتبار حقيقة النجاسة وعلق الحكم بدليلها ، وقد وجد ذلك في السبيلين ، لأنهما أعدا لخروج النجاسة خلقة ، فكان نفس/ الخروج دليلاً على نجاسة الخارج ، ولم يوجد في غير السبيلين ، لأنه أعد لخروج الطاهرات كالدمع والبراق^(٣) والعرق وغيرها ، فلا يكون المخرج دليلاً على نجاسة الخارج .

١/٢

ولئن سلمنا أن الحكم معلق بحقيقة النجاسة - لكن لم قلتم بأن نجاسة الخارج من غير السبيلين مثل النجاسة الخارجة من السبيلين ، ليصح القياس ؟ . وبيان التفاوت أن النجاسة الخارجة من السبيلين أغلظ ، لأن المحلين أعدا لخروج النجاسة . ثم الدليل على المفارقة بينهما الأحكام :

منها - أن النجاسة القليلة إذا ظهرت على رأس الجرح^(٤) لا توجب .

(١) العذرة : الغائط (المعجم الوسيط) .

(٢) استقذر الشيء : قذره - تقذره (المعجم الوسيط) .

(٣) البراق البصاق (المعجم الوسيط) .

(٤) كذا يبدو في الأصل دون نقط . وفي السمرقندى ، التحفة (١ : ٩٥) أن الدم الذى

لم يسلم عن رأس الجرح لا يكون نجسا على قياس ما ذكر لأنه لا يتعلق به وجوب الضوء . وفيه أيضاً (١ : ١٢٠) أن النجاسة القليلة على الثوب والبدن لا تمنع جواز الصلاة غليظة أو خفيفة =

ومنها - أن الدودة إذا سقطت منه لا توجب ، وإذا سقطت من السيلين توجب أو ظهرت على رأس الإحليل (١) .

ومنها - أن الريح إذا خرجت من غير السيلين لا توجب ، وإذا خرجت من السيلين توجب .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمُ مِنَ الْغَائِطِ ﴾ منسوقاً (٢) على قوله تعالى : ﴿ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ ﴾ : علق إيجاب الوضوء بالجمي من الغائط ، والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط . وبما روى عن النبي ﷺ أنه قاء فغسل فمه وقال : « هكذا الوضوء من القيء » . ولحديث عمر وابن عباس (٣) .

= استحساناً والقياس أن تمتع جواز الصلاة وهو قول زفر والشافعي ، إلا إذا كانت لا تأخذها العين أو ما لا يمكن الاحتراز عنه ... الخ .
وفي هامش الأصل عبارة غير مقروءة .

(١) لإحليل يخرج البول ويخرج اللبن من الثدي والضرع (المعجم الوسيط) .
(٢) النسق — حروف النسق حروف العطف يقال : هذا نسق على هذا : عطف عليه والنسق والمنسوق المنتظم المتلائم على نظام واحد (المعجم الوسيط) وظاهر أن المقصود هنا قوله تعالى في سورة المائدة : ٦ : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمُ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ ... ﴾ وقال في سورة النساء : ٤٣ ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمُ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ ... ﴾ .

(٣) عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : « من أصابه قيء أو رُعاف أو قلَس أو مذى فليصرف فليتوضأ ثم لين على صلاته وهو في ذلك لا يتكلم » أخرجه ابن ماجه وضعفه أحمد وغيره - ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٦٨ ص ١٢ وسبل السلام ، ١ : رقم ٦٨ ص ١٠٦ — ١٠٧ . وانظر : السمرقندي ، التحفة ، ١ : ٩٤ وما بعدها وابن رشد ، بداية المجتهد ، ١ : ٣٥ « وبما روى عن عمر وابن عمر رضي الله عنهما من إيجابهما الوضوء من الرُعاف ، وابن قدامة ، المغني ، ١ ، ١٨٤ وما بعدها .

الجواب :

- أما قوله بأن الحكم ثمة ثبت غير معقول المعنى - قلنا : لا نسلم ، بل ثبت معقول المعنى ، وإن كان منصوباً . والمعقول ما ذكرنا من المناسبة .

- قوله : الحكم تعلق بحقيقة النجاسة أم بدليلها ؟ قلنا : بحقيقة النجاسة ، لأن المؤثر حقيقة النجاسة على ما مر .

- قوله : التميز متعذر - قلنا : لا حاجة إلى التميز ، لأن الخارج من السيلين لا يكون إلا نجساً ، إما بذاته أو بمجاورة النجس إياه . وإذا أمكن تعلق الحكم بالحقيقة لا ضرورة إلى تعليق الحكم بالدليل ، وهو المخرج لأنه عضو طاهر .

- قوله : لم قلتم بأن الخارج مثل الخارج - قلنا : لأن الشرع سوى بينهما في أحكام النجاسة .

- قوله : بأن المحلين أعدا لخروج النجاسة - قلنا : بلى ، ولكنه عضو طاهر كسائر الأعضاء ، فلا تأثير له في غلظ الخارج .

٢/٢ - وأما الأحكام : فالأصل في نخرجها / أن الطهارة إنما تنتقض بخروج النجاسة إلا أن الخروج من السيلين يحصل بمجرد الظهور ، لأن ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة ، فإذا ظهرت النجاسة علم أنها انتقلت من موضع آخر ، وفي غير السيلين لا يتحقق الخروج إلا بالسيلان ، لأن تحت كل بشرة بلة سيالة^(١) فتظهر بزوال الحائل ، لا بالانتقال ، فلا بد من السيلان .

وكذلك الدودة والريح ، لا يخلو عن مجاورة قليل النجاسة المنتقلة عن موضع آخر ، فيتحقق الخروج . وفي غير السيلين لا يتحقق الخروج ، فافترقا .

وأما الآية - قوله : المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط - قلنا : لا نسلم . وظاهر

(١) البلة بالكسر النداءة والتلل الندى (مختار الصحاح) وسال الماء سيلاً وسيلاناً جرى (المعجم الوسيط) .

أنه لا ينفي وجوده قبل الشرط ، فإنه لو علق طلاق امرأته بدخول الدار لا يكون نافياً طلاقها قبل الدخول على ما عرف .

وأما حديث القىء - قلنا : يحتمل أنه كان ملء الفم فيكون ناقضاً . ويحتمل أنه كان أقل منه فلا يكون ناقضاً . على أن الظاهر من حاله قلة القىء ، لقلة أكله ، عملاً بالدليل .

وأما حديث عمر - فلا حجة فيه ، لأنه صاحب الجرح السائل .

وحديث ابن عباس - محمول على نفى الاغتسال ، رداً على من كان يوجب ذلك ، عملاً بالأدلة .

والله أعلم .

٢ - مسألة : النية والترتيب في الوضوء ليسا بشرط . وعنده (١) شرط .

والوجه فيه - أن شرط جواز الصلاة إنما هو الطهارة ، وقد حصلت ، فتجوز الصلاة ، قياساً على مواضع الإجماع .

وإنما قلنا ذلك - لقوله عليه السلام : « لا صلاة إلا بطهارة » .

وإنما قلنا : قد حصلت الطهارة ، لأنه وجد استعمال الماء ، والماء طهور مطلقاً ، لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا ﴾ (٢) والطَّهْرُ اسم لما يطهر غيره نقلاً عن أئمة التفسير واللغة (٣) . وإذا وجد استعمال المطهر ، تحصل الطهارة ضرورة ، فيكتفى به .

فإن قيل : قولكم بأن الطهور اسم لما يطهر غيره - قلنا : لا نسلم ، بل الطهور اسم للظاهر على سبيل المبالغة ، كالأكل اسم للأكل على سبيل المبالغة (٤) .

(١) أى الشافعى - انظر السمرقندى ، التحفة ١ : ١٣ و ١٦ فقيه : أنهما سنة عند الحنفية فرض عند الشافعى .

(٢) الفرقان : ٤٨ . وانظر : الأنفال : ١١ .

(٣ - ٤) الطهور : الطاهر في نفسه المطهر لغيره - كذا في المعجم الوسيط .

ولئن سلمنا أن الطهور اسم للمطهر ، ولكن بمعنى إزالة / النجاسة الحقيقية (١) أم بمعنى إزالة النجاسة الحكيمة ؟ م ع غاية ما في الباب أنه مطلق ، ولكنها أمران متغايران ، فلو حملنا اللفظ عليهما يؤدي إلى اشتغال اللفظ الواحد على معنيين مختلفين .
ولئن سلمنا أن الطهارة قد حصلت ، ولكن لم قلتم بأنه يجوز الصلاة بدون النية للصلاة عند الوضوء ؟ .

ثم هذا معارض بالكتاب والسنة .

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ ﴾ (٢) أى للصلاة .

وأما السنة - [ف] قوله عليه السلام : « الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » .

الجواب :

قوله : الطهور اسم للطاهر - قلنا : لا نسلم ، بل اسم للمطهر [في] اللغة [والتفسير] (٣) .

= وقال الشوكاني في فتح القدير ، ٤ : ٨٠ : « ماء طهوراً أى يتطهر به . قال الأزهري : الطهور في اللغة الطاهر المطهر . والطهور ما يتطهر به ... هذا هو المعروف في اللغة . وقد ذهب الجمهور إلى أن الطهور هو الطاهر المطهر . ويؤيد ذلك كونه بناء مبالغة . وروى عن أبي خنيفة أنه قال : الطهور هو الطاهر واستدل لذلك بقوله تعالى : ﴿ وَسَقَاهُمْ رَبُّهُمْ شَرَاباً طَهُوراً ﴾ الإنسان : ٢١ ، معنى طاهراً ... ورجح القول الأول ثعلب ، وهو راجع لما تقدم من حكاية الأزهري لذلك عن أهل اللغة ... وعلى كل حال فقد ورد الشرع بأن الماء طاهر في نفسه مطهر لغيره - قال الله تعالى : ﴿ وَيُنَزِّلُ عَلَيْكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لِيُطَهِّرَكُمْ بِهِ ﴾ (الأنفال : ١١) وقال النبي ﷺ « خلق الماء طهوراً ... » .

(١) في الأصل : « الحقيقة » - قال السمرقندي ، التحفة ، ١ : ٢٢ « الحدث نوعان : حقيقي وحكمي » وسيأتي بعد قليل : « النجاسة الحقيقية أم الحكيمة » .

(٢) المائدة ٦ - وهي : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ ... ﴾ .

(٣) الظاهر في متن الأصل : « اسم للمطهر .. » وفوقهما بين السطور : « للطاهر » . وفي =

[قوله (١) : بمعنى إزالة النجاسة الحقيقية أم الحكمية ؟ - قلنا : اللفظ مطلق فيتناولهما .

قوله : بأن الطهارة الحقيقية مخالفة للطهارة الحكمية - قلنا : هذه مخالفة من حيث النوع ، وإنما لا تمنع دخوله تحت مطلق الاسم ، كالرقبة التركية والهندية في قوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (٢) .

قوله : لم قلتم بأنه تجوز الصلاة بدون النية للصلاة عند الوضوء وإن حصلت الطهارة - قلنا : لأن الطهارة إذا حصلت وجب القول بجواز الصلاة ، لقوله عليه السلام : « لا صلاة إلا بطهارة » : نفى واستثنى ، والاستثناء من النفي إثبات .
وأما الآية - قلنا : نقل عن ابن عباس أنه أضمر فيها « إذا قمتم إلى الصلاة ، وأنتم محدثون » فلم قلتم بأنه محدث ؟ .

وأما الحديث - قلنا : المراد من الأحاديث الأعمال التي هي عبادة لإجماعنا على أن النية ليست بشرط فيما ليس بعبادة ، ونحن نسلم أن الوضوء إذا عرى عن النية لا يقع عبادة ، ولكنه يقع وسيلة إلى الصلاة ، لما ذكرنا من حصول الغرض ، وهو الطهارة ، كالسعى إلى الجامع .

= الهامش كذا « قلنا : لا نسلم بل اسم للمطهر - اللغة و » والظاهر أن الكلمة الناقصة = التفسير » .

(١) « قوله » في الهامش .

(٢) النساء : ٩٢ : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ... فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ... وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ... ﴾

والمائدة : ٨٩ . ﴿ ... وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ... ﴾ .

والمجادلة : ٣ : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسُوا ... ﴾ .

والبعد : ١٢ - ١٣ : ﴿ وَمَا أَذْرَاكَ مَا الْعُقْبَةُ • فَكُ رَقَبَةً • ﴾ .

٣ - مسألة : إزالة النجاسة الحقيقية بما سوى الماء من المائعات الطاهرات جائزة .
وعنده لا يجوز (١) .

والوجه فيه - أن الخل شارك الماء في كونه مؤثراً في إزالة النجاسة ، فيشاركه في إفادة الطهارة .

٢/٣ وإنما قلنا ذلك - لأن الماء شيء رقيق لطيف فيدخل خلال الثوب / فتصحبه أجزاء النجاسة . فإذا عصر الثوب يزول عنه الماء فيزول معه ما صحبه من أجزاء النجاسة ، والخل يشاركه في هذا الوصف بل فوقه في قلع الآثار ، فعلم أن الخل يشارك الماء في كونه مؤثراً في إزالة النجاسة ، فوجب أن يشاركه في إفادة الطهارة ، لأن الماء إنما يؤثر في إفادة الطهارة لكونه مؤثراً في إزالة النجاسة ، لأن نجاسة الثوب ما كان باعتبار ذاته ، فإن ذاته طاهر ، بل باعتبار مجاورة النجاسة إياه ، فإذا زالت المجاورة صار الثوب طاهراً - هذا المعنى موجود في الخل ، بل أقوى ، فيفيد الطهارة ضرورة .

فإن قيل : قولكم بأن الخل شارك الماء في كونه مؤثراً لإزالة النجاسة - قلنا : لا نسلم بأنه يؤثر في إزالة النجاسة ، وهذا لأن الخل إذا خالط نجاسة الثوب يصير نجساً ، والنجس لا يزيل النجاسة ، وهكذا نقول في الماء ، إلا أن الشرع حكم ثمة بالطهارة لمكان الضرورة غير معقول المعنى ، فلا يتعدى إلى غيره .

ولكن سلمنا أن الخل يؤثر في إزالة النجاسة الحقيقية ، ولكن لم قلتم بأنه يؤثر في إفادة الطهارة الشرعية ، وهذا لأن المعنى من الطهارة الشرعية كون المحل بحال يجوز أداء الصلاة معه ، وهذه الحالة تزول بسبب المجاورة ، كما تزول عن أعضاء المحدث بسبب الحدث ، ثم زوال السبب وهو عين النجاسة ، لا يوجب زوال هذا الحكم - دل عليه أنه لا يجوز إزالة الحدث به .

(١) قال بالجواز أبو حنيفة وأبو يوسف . وبعدم الجواز محمد وزفر والشافعي - السمرقندي ،

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « حتىه واقرصيه واغسله بالماء » (١) .

الجواب :

قوله : الخل بمخالطة النجاسة يصير نجساً ، فلا يزيل النجاسة - قلنا : عنه

جوابان :

أحدهما - لا نسلم بأنه يصير نجساً ، بل يُقَيّ طاهراً شرعاً ما دام على الخل ، ضرورة إقامة التكليف .

والثاني - أنه يصير نجساً ، ولكن نجاسة المجاورة لا نجاسة الذات . فإذا تقللت المجاورة وزالت النجاسة شيئاً فشيئاً بتكرار الغسل ، يبقى الماء الأخير خالياً من المجاور النجس ، فكان طاهراً .

١/٤ / قوله : لم قلتم بأنه يؤثر في إفادة الطهارة الشرعية - قلنا : لأنه المعنى من طهارة الثوب شرعاً ، كونه بحال يجوز أداء الصلاة فيه ، والثوب كان بهذه الحالة ، إلا أنه امتنع عمله للمانع ، وهو مجاورة النجاسة ، فإذا زال المانع ، عمل عمله ، وصار الثوب بحال لو صلى معه يحصل كمال التعظيم ، فاشتراط الماء منع له من ذلك ، فلا يجوز ، بخلاف المحدث ، لأنه نجاسة حكمية ، فيتبع في إزالته مورد الشرع ، أما ههنا بخلافه وبخلاف المانعات الدسمات ، لأن الدسومة مانعة من القلع .

وأما الحديث - قلنا : أوجب الغسل بالماء لغيره ، وهو زوال النجاسة ، لا لعينه ، لأن الغرض هو التطهير بالآية (٢) ، فإذا حصل المقصود ، فلا حاجة إلى اشتراط الماء على التعيين .

والله أعلم .

(١) عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال في دم الحيض يصيب الثوب : « نَحْتُهُ ثُمَّ نَقْرُصُهُ بِالْمَاءِ ثُمَّ نَتَضَعُهُ ثُمَّ نَتَصَلَّى فِيهِ » . ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٢٧ ص ٦ . وفي هامشه : ثم نتضحه أى تغسله . وسبل السلام ، ١ : رقم ٢٧ ، ص ٥٥ - ٥٦ .

(٢) وهى قوله تعالى : ﴿ وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا ﴾ (الفرقان : ٤٨) . وقوله : =

كتاب الزكاة

٤ — مسألة : الزكاة واجبة في الحلى . ولا تجب عنده (١) .

والوجه فيه — أن الزكاة حكم متعلق بوصف ملازم لعين الذهب والفضة ، وهو الثمنية ، فيبقى ما بقى العين ، قياساً على حكم الربا : فإنه متعلق بوصف ملازم للذهب والفضة وهو الوزن أو الثمنية .

وإنما قلنا ذلك — لأن سبب وجوب الزكاة مال نام مقدر ، لأن الزكاة في اللغة عبارة عن النماء والزيادة ، إلا أن الحكم غير متعلق بحقيقة النماء ، لأنه قد يحصل وقد لا يحصل ، فتعلق الحكم بدليله ، وهو التجارة . ولا يمكن أيضاً تعليقه بحقيقة التجارة ، لأنها قد توجد وقد لا توجد ، فتعلق بدليل التجارة ، ودليل التجارة في الذهب والفضة الثمنية ، لأنها داعية إلى التجارة ، فكانت الزكاة متعلقة بوصف الثمنية ، ووصف الثمنية ملازم لعين الذهب والفضة ، وإنها باقية بعد الصياغة ، لأن المعنى من الثمنية كونه بحال يقدر به مالية الأشياء ويتوصل إليها ، وهو بهذه الصفة بعد الصياغة ، فيبقى الحكم المتعلق ، فتجب الزكاة .

فإن قيل : قولكم بأن سبب وجوب الزكاة مال نام ، لأن الزكاة عبارة عن النماء — قلنا : لا نسلم ، بل الزكاة عبارة عن الطهارة ، فلا يناسبه [ل] النماء .

= ﴿ ... وَنَزَّلَ عَلَيْكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لِيُطَهَّرَكُمْ بِهِ ﴾ (الأنفال : ١١) وراجع فيما تقدم ص ٥ - ٦ والهامش ٣ - ٤ منها .

(١) عند الشافعى إذا كانت حلياً يحمل لبسها كحلى النساء وخواتيم الفضة للرجال ونحوها لا زكاة فيها في أحد القولين - السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٤١٤ . وقال الشيرازى في المهذب ، ١ : ١٥٨ : « وإن كان (أى المصوغ) معداً لاستعمال مباح كحلى النساء وما أعد هن ، وخاتم الفضة للرجال ففيه قولان : أحدهما لا تجب فيه الزكاة .. والثانى تجب فيه الزكاة واستخار الله فيه الشافعى واختاره » . وفي ربوع المسائل للزحشرى (٥٣٨ هـ) المسألة ١١٥ ص ٢١٦ — ٢١٧ : « الزكاة تجب في الحلى عندنا (عند الحنفية) سواء كان للرجال أو للنساء . وعند الشافعى لا تجب إذا كان للنساء ... » .

ولكن / سلمنا أن سبب وجوب الزكاة مال نام ، ولكن لم قلتم بأنه موجود هنا ؟ . ٢/٤

قوله - بأن الحكم تعلق بدليل التمام ، وهو دليل الثمنية : قلنا : [هل] الحكم تعلق بالثمنية التي تثبت بأصل الخلقة أم بالثمنية التي تثبت باصطلاح الناس ؟ ع م . وهذا لأن الذهب والفضة كما يصلحان لجهة^(١) الثمنية يصلحان لمصالح آخر ، فلا تتعين الثمنية بأصل الخلقة ، وإنما تصير الثمنية باصطلاح الناس ، وهو الداعي إلى التجارة ، والحلى لا تعد للثمنية باصطلاح الناس غالبا ، فلا يجب فيها الزكاة .

ولكن سلمنا بأن الذهب والفضة خلقا في الأصل ثمناً ، ولكن لم قلتم بأنه بقي هذا الوصف بعد الصياغة ؟ وهذا لأن الوصف الثابت بأصل الخلقة قد يبطل بعارض من جهة العبد ، بأن يجعل العوامل سوائم والسوائم عوامل^(٢) ، فتجب الزكاة مرة وتبطل أخرى ، واتخاذها حلياً يشعر بإعداده للإمساك ، فكونه ثمناً يشعر بإعداده للإخراج ، وبينهما تناف .

ثم هذا القول معارض بقوله عليه السلام : « لا زكاة في الحلى » وقول ابن عمر : « زكاة الحلى إعارتها »^(٣) .

الجواب :

- قوله : بأن الزكاة عبارة عن الطهارة - قلنا : بلى . ولكن المراد ههنا معنى التمام ،

(١) الجهة الجانب والناحية . وفعلت كذا على جهة كذا : على نحوه وقصده - المعجم الوسيط .

(٢) العوامل جمع عاملة وهى ما تستعمل في الحرث والدياسة والسقى من البقر والإبل . والسوائم جمع سائمة وهى كل إبل أو ماشية ترسل للرعى ولا تلحف - المعجم الوسيط .

وعن على رضى الله عنه قال : « ليس في البقر العوامل صدقة » رواه أبو داود والدارقطنى والراجح وقفه (ابن حجر ، بلوغ المرام : رقم ٤٨٨ ص ٨٤) . أما السوائم ففيها الصدقة - المرجع السابق ، رقم ٤٨٦ ص ٨٤ .

(٣) راجع : ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٤٩٧ - ٤٩٩ ص ٨٦ . وسبل السلام ، رقم ٥٧٩ و ٥٨٠ ص ٦١٤ - ٦١٥ .

لأن الله تعالى أمر بإيتاء الزكاة ، والأمر بإيتاء الطهارة لا يجوز ، فلا يجوز أن يقال « آتوا الطهارة » ولكن يجوز أن يقال « آتوا »^(١) الزيادة من المال ، فكان ما ذكرناه أولى .

- قوله : الحكم تعلق بالثمنية الثابتة بأصل الخلقة أم باصطلاح الناس ؟ قلنا : بالثمنية الثابتة بأصل الخلقة وإن كان [ت] الثمنية الثابتة بالاصطلاح أدعى إلى النماء ، لأن الحكم لا يدار على النهاية في الدليل ، وإنما يدار على أصل الدليل ، كما في السفر مع المشقة .

- قوله : هما لا يتعينان للثمنية - قلنا : لا نسلم ، بل يتعينان من حيث إنها هي الخلقة^(٢) الأصلية منهما ، وغيرها تبع .

- قوله : لم قلتم بأنه بقي هذا الوصف بعد الصياغة ؟ قلنا : لأنه كان قبل الصياغة ، والصياغة لا تبطل حقيقة وشرعاً : أما حقيقة فلأن اتخاذه حلياً يحتمل الإمساك للتحلى ويحتمل / الصرف في التجارة ، لكونه صالحاً لهما ، فلا تبطل الثمنية الخلقية بالشك والاحتمال . وأما شرعاً فلأن الشرع أطلق التحلى للنساء ، ولو كان مبطلاً لما أطلق ، لأنه حينئذ يكون إخلالاً بأعلى المصلحتين لإقامة أدناهما ، بخلاف الدواب ، لأن كلا من الإسامة والإعمال مصلحة موازنة^(٣) للأخرى .

وأما الحديث - قالوا : إنه غير ثابت . ولئن ثبت فيحمل على الآلىء والجواهر عملاً بالدليلين .

والله أعلم .

(١) عبارة « الطهارة ... آتوا » وردت في الهامش تصحيحاً أو تكملة لنقص وقع من الناسخ .

(٢) كذا تراها جرياً على ما سبق من تعبير وإن كانت غير واضحة هنا .

(٣) وازن بين الشيئين موازنة ووزاناً ساوياً وعادل - المعجم الوسيط - هنا أى مساوية للأخرى .

٥ - مسألة : لا تجب الزكاة في المال الضيما^(١) . وعنده تجب^(٢) .

والوجه فيه - أن مال الضيما ليس بنام ، فلا تجب الزكاة فيه ، قياساً على ثياب البذلة^(٣) .

وإنما قلنا ذلك - وذلك لأنه لو كان نامياً : إما أن يكون نامياً حقيقة ، أو تقديرًا بقيام دليل الثماء - لا وجه للأول لأنه لم يوجد حقيقة لأن الكلام فيه . ولا وجه للثاني لأن دليل الثماء هو التجارة ، ودليل التجارة القدرة عليها ، ولم توجد القدرة ههنا - لأن ذلك إنما يكون بالنش^(٤) والنش إنما يكون بالتذكر ، والتذكر غير مقدور له ، فلا يكون نامياً ، لا بحقيقته ولا بدليله ، فلا تجب الزكاة لانعدام السبب المناسب ..

فإن قيل : التعليل يشكل بالمال الموضوع في صندوقه إذا نسيه حتى حال الحول ، وبالدين على المفلس المقر ، والمال المدفون في البيت ، والكرّم^(٥) إذا نسي مكانه ، والوديعة إذا نسي المودع ، ومال ابن السبيل - فإنه تجب الزكاة في هذه الصور مع وجود ما ذكرتم .

ثم نقول : لا نسلم بأن دليل الثماء هو القدرة على التجارة ، بل دليل الثماء صلاحيته للتجارة عند تصور التجارة ، وقد وجد ههنا .

(١) مال ضيما لا يرجى عوده . ودين ضما ليس له أجل معلوم أو لا يرجى أداؤه - المعجم الوسيط .

(٢) قال السمرقندي في التحفة ، ١ : ٤٥٨ : « وعند الشافعي الديون كلها سواء وتجب الزكاة فيها والأداء وإن لم يقبض » .

(٣) انظر : السمرقندي ، ١ : ٤٥٩ .

(٤) نبشه استشاره ليستخرج ما فيه . ونبش الحديث وعن الحديث فتش عنه واستخرجه - المعجم الوسيط .

(٥) من معاني الكرّم القلادة - يقال : رأيت في عنقها كرماً حسناً من لؤلؤ - مختار الصحاح .

ولئن سلمنا أن دليل التما هو القدرة ، ولكن لم قلتم بأنه لم توجد ؟ وهذا لأن القدرة بالتذكر ، والتذكر غالب الوجود ، وإن لم يوجد فبدله الحكم عليه ، كما في السفر مع المشقة .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴾ ^(١) وقوله عليه السلام : « في الرقة ربع العشر » ^(٢) إلى غيرها من النصوص مطلقاً من غير فصل .

الجواب :

أما المال الموضوع في الصندوق - [ف] لا يرد نقضاً ، لأن التذكر / ثم أغلب والنسيان نادر ، أما ههنا على العكس .

٢/٥

وأما الدين على المفلس - قلنا : القدرة ثابتة ثمة في الجملة ، بأن يشتري شيئاً بالدرهم ويحيل البائع عليه .

وأما المال المدفون في البيت - فطريق الوصول في يده ، وهو نبش ^(٣) كل البيت .

ومسألة المدوع - إن لم يعرف في الابتداء ، لا تجب الزكاة فيه . وإن عرفه ثم نسيه تجب ، لأن نسيان من يودع نادر ، فألحق بالعدم .

وأما المدفون من ^(٤) الكرم - [فقد] اختلف المشايخ فيه ، فمنع .

(١) المعارج : ٢٤ - ٢٥ : ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ لِلْسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴾ .
والذاريات : ١٩ : ﴿ وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلْسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴾ وفي الأصل : ﴿ وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴾ بدون « الذين » .

(٢) من حديث طويل أورده ابن حجر في بلوغ المرام (رقم ٤٨٢ ص ٨٢ - ٨٣) عن أنس رضي الله عنه مما كتب له أبو بكر الصديق رضي الله عنه - رواه البخاري . والرقعة بكسر الراء وتخفيف القاف الفضة الخالصة - هامش ٤ من بلوغ المرام ص ٨٣ وفي المغنى ، ٣ : ٣ « الرقة هي الدراهم المضروبة » - انظر « وري » في مختار الصحاح .

(٣) نبشه نبشاً استأثاره ليستخرج ما فيه - المعجم الوسيط .

(٤) في الأصل : « في » راجع فيما تقدم ص ١٥ هامش ٥ .

وأما مال ابن السبيل - [ف] مال نام ، لأنه قدر على استنائه ، إما بنفسه بأن يذهب إليه ، أو بنائيه .

قوله : بأن دليل الثناء هو الصلاحية للتجارة - قلنا : ليس كذلك ، لأن الصلاحية قد تفضى وقد لا تفضى ، إذ ليس كل ما يصلح لأمر يستعمل في ذلك ليربو .

قوله : بأن التذكر غالب^(١) - قلنا : لا نسلم ، بل هو محتمل احتمالاً على السواء .

ولئن سلمنا أنه غالب ، ولكن إنما يكون قادراً عند وجود طريقه ، فإذا لم يوجد حتى تم الحول ، لم يكن الاعتذار دليلاً ، بخلاف السفر ، فإن المشقة فيه غالبية والترفع نادر .

وأما النصوص - قلنا : هذه عمومات خصت منها ثياب البذلة وبديل الكتابة وغيرها - فيخص المتنازع فيه ، بما ذكرنا من الدليل .

والله أعلم .

٦ - مسألة : المستفاد من جنس النصاب يضم إلى ما عنده من النصاب في حكم الحول . والمراد أنه تجب الزكاة فيه عند تمام الحول على الأصل . وعنده لا يضم^(٢) .

والوجه فيه - أن اشتراط الحول للمستفاد يؤدي إلى العسر ، فوجب أن لا يشترط ، قياساً على الأولاد والأرباح .

وإنما قلنا ذلك - لأن أسباب المستفاد يكثر وجودها ، فلو شرطنا الحول لكل مستفاد ، يحتاج إلى اعتبار ابتداء الحول وانتهائه لكل مستفاد فيؤدي إلى العسر ، والحول في باب الزكاة حيث شرط إنما شرط لدفع العسر والخرج ، فإذا أدى إلى العسر والخرج وجب أن لا يشترط كما قلنا في الأولاد والأرباح .

(١) في الأصل : « غالباً » - انظر ما على .

(٢) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ١ : ٤٣٢ وما بعدها .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٢)

١/٦ فإن قيل : التعليل يشكل بالمستفاد بخلاف الجنس ثم يقول : أيش (١) / تعنى بأن اشتراط الحول في المستفاد يؤدي إلى العسر ؟ - تعنى به أصل المشقة أو تعنى به نهاية المشقة الخارجة عن الوسع ؟ إن عنت به الأول ، فهو المقصود من العبادات . وإن عنت به الثاني فلا نسلم أنه ثابت ههنا ، وإن سلمنا أنه يؤدي إلى العسر . ولكن لم قلتم بأنه لا يشترط ؟ .

وأما القياس على الأولاد والأرباح - قلنا : الفرق ظاهر ، وهو أننا قلنا ثم بالضم لعله التبعية ، والتبع له حكم الأصل ، أما ههنا بخلافه .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » (٢) ويقول عليه السلام : « من استفاد مالاً فلا زكاة عليه حتى يحول الحول » (٣) .

الجواب :

أما المستفاد بخلاف الجنس - إنما لا يضم ، لأن اشتراط الحول لا يؤدي إلى العسر ، لأنه لا يكثر وجوده . أما هنا بخلافه .

قوله : أيش (٤) تعنى بالمشقة ؟ قلنا : نعنى بها المشقة الزائدة على المشقة الحاصلة بنفس أداء الزكاة لما ذكرنا ، لا أصل المشقة .

قوله - بأن الضم في الأولاد إنما كان للتبعية - قلنا : لا نسلم ، بل كان لما ذكرنا ، من دفع الحرج ، لمكان المناسبة .

وأما الأحاديث - قلنا : عمومات خص منها البعض ، والعام إذا خص منه البعض

(١) أيش منحوت من « أى شيء » بمعناه . وقد تكلمت به العرب - المعجم الوسيط .

(٢) في ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٤٨٧ ص ٨٤ : « .. وليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول » رواه أبو داود وهو حسن . وقد اختلف في رقهه .

(٣) في ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٤٨٧ ص ٨٤ : « وللترمذى عن ابن عمر : « من استفاد مالاً فلا زكاة عليه حتى يحول الحول » . والراجع وقفه .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش (١) .

بقي حجة . على أن قوله : « من استفاد مالا » - الصحيح أنه من كلام ابن عمر ،
وقول صحابى واحد لا يكون حجة .

٧ - مسألة : أثمان الإبل المزكاة لا تضم إلى ما عنده من النصاب في حكم
الحول .

والوجه فيه - أن إيجاب الزكاة في ثمن الإبل المزكاة عند تمام الحول على الأصل ، يؤدي
إلى أداء الزكاة مرتين ، في مال واحد ، في حول واحد ، فوجب أن لا يجب .
وإنما قلنا ذلك - لأن المال وإن اختلف صورة ، فهو متحد معنى ، لأن الثمن قائم
مقام الثمن .

وإنما قلنا بأن الحول متحد - لأن الزكاة إنما تجب في الثمن بحول يحول على الأصل ،
وقد مضى بعض حول الأصل على عين^(١) الإبل ، وأداء زكاتها ، فلو وجب الزكاة في
بقية الحول في الثمن ، كان ثنى^(٢) وذلك منفي لقوله عليه السلام : « لا ثنى في
الصدقة » .

فإن قيل : قولكم بأن المال واحد - قلنا : لا نسلم ، بل تغايرا حقيقة وحكما :
أما / حقيقة فلأن حقيقة الدراهم غير حقيقة الإبل . وأما حكما فلأن الزكاة تعلق
بالإبل من حيث إنها عين الإبل ، لا من حيث إنها مال ، بدليل أنه لا يعتبر قيمتها .

(١) في الأصل كذا : « عين » لا « ثمن » - كما يبدو .

قال السمرقندى في التحفة ، ١ : ٤٣٥ : « وصورة المسألة : رجل له خمس من الإبل
السائمة ، ومائتا درهم - فتم الحول على السائمة وزكاهما ثم باعها بدراهم ، ثم تم حول الدراهم ،
يضم الثمن إلى الدراهم التى عنده ، ويؤكى الكل عندهما ، وعند أى حنيفة يستأنف لها حول على
حدة ... » راجع : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٤٣٢ - ٤٣٦ حيث فصل الكلام في
« المستفاد » .

(٢) الثنى مقصوراً الأمر يعاد مرتين . وفي الحديث : « لا ثنى في الصدقة » أى لا تؤخذ في
السنة مرتين (مختار الصحاح) . وفي الأصل مكتوبة هكذا « لا ثنا » وكذا فيما بعد ، وانظر :
السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٤٣٤ - ٤٣٦ .

ولكن سلمنا أن المال متحد ، ولكن لم قلمم بأن الحول متحد ، أو نقول : الحول متحد حقيقة أم حكماً ؟ ع م - بيانه : وهو أنا جعلنا حول الأصل حائلاً على الثمن حكماً لا حقيقة فلم يتحد الحول .

ولكن سلمنا اتحاد المال والحول - ولكن لم قلمم بأنه لا يجوز ؟ .

وأما حديث الثني^(١) - قلنا : الحديث عن الثني مطلقاً ، فيصرف إلى الثني من كل وجه ، وهذا ثني من وجه دون وجه ، فلا يتناوله الحديث .

الجواب :

قوله : بأن الزكاة تعلقت بالإبل من حيث إنها عين^(٢) الإبل ، لا من حيث إنها مال - قلنا : لا نسلم بل تعلقت من حيث إنها مال ، لأن الزكاة وإن تعلقت بالنصب من حيث أعيانها ، ولكن تعلقت أيضاً بوصف المالية في كل الموضع ، لاقتضاء النصوص نحو قوله تعالى : ﴿ خذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾^(٣) و ﴿ وَفِي أَمْوَالِهِمْ ﴾^(٤) و « هاتوا ربع عشور أموالكم »^(٥) . ولأن الزكاة وجبت شكراً لنعمة هذه الأعيان من حيث إنها مال ، والثمن أقيم مقام الإبل بوصف المالية فاتحد المال معنى ، إلا أن الشرع قدر مالية الإبل بخمسة أعداد كما قدر مالية الدراهم بالمائتين .

قوله : الحول متحد حقيقة أم حكماً ؟ قلنا : لما ثبت أن الثمن بدل الإبل ، وقيام البديل كقيام المبدل ، فصار كأن الإبل قائمة معنى ، ولو كان هكذا كان إيجاب الزكاة

(١) في الأصل كذا : « الثناء » وفي المعجم الوسيط . الثناء قيد للدابة ذو شقين تربط بكل شق رجل ويسمى كل شق ثناء . وثناء يقال جاءوا ثناء : اثنين اثنين .

(٢) كذا في الأصل : « عين » - راجع ما تقدم في المسألة .

(٣) التوبة : ١٠٣ ﴿ خذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا .. ﴾ .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٦ .

(٥) في ابن قدامة ، المغنى ، ٣ : ٧ - « وقال النبي ﷺ : هاتوا ربع العشر : من كل أربعين درهما درهما ... » .

في مال واحد في أقل من سنتين مرتين ، وإنه يؤدي إلى الثني .

قوله - بأن الحديث ينفي الثني من كل وجه ، وهذا ثني من وجه دون وجه - قلنا :
الحديث ينفي الثني مطلقاً ، وهو تشية الزكاة ، إلا أنا توافقنا على أن الثني عند تعدد
الحول وتعدد المال صورة ومعنى غير مراد - فبقى الثني ، عند اتحاد الحول والمال ، معنى
مراداً (١) بالنص ، عملاً بالنص بقدر الإمكان .

والله أعلم .

٨ - مسألة : مال المديون بقدر الدين لا ينعقد سبباً لوجوب الزكاة .

والوجه فيه - أن الزكاة لو وجبت عليه لا يخلو : إما أن تجب على وجه يؤدي من هذا
المال أو يؤدي من مال آخر - لا وجه / للأول ، لأن هذا المال واجب الصرف إلى ١/٧
الدين ، لأن الكلام فيما إذا لم يكن له مال آخر سواه ، والدائن يضيق عليه بالمطالبة ،
ومطل الغني ظلم ، فلو صرف إلى الفقير يكون إخلالاً بالواجب وظلماً وإنه حرام . ولا
وجه للثاني لأن الكلام فيما إذا لم يقدر على مال آخر أصلاً ، فانتفى الوجوب ، قياساً
على ثياب البذلة .

فإن قيل - قولكم بأن هذا المال واجب الصرف إلى الدين - قلنا : لا نسلم .

قوله - الكلام فيما إذا لم يكن له مال آخر - قلنا : نعم ، ولكن يمكن قضاء الدين
بواسطة الاكتساب والاستقراض ، فلا يتعين هذا المال بدليل أنه لا يتعلق الدين بعينه ،
حتى لا يسقط الدين بهلاك هذا المال ، ولا يكون للدائن منع التصرف فيه .

ولئن سلمنا أنه متعين لقضاء الدين ، لكن كله أم ما وراء قدر الزكاة منه ؟ ع م .

بيانه - أنه إذا حال الحول صار قدر الزكاة مستحقاً للفقير ، فلا يبقى ملكاً له ، فلا
يجب عليه قضاء الدين من هذا القدر ، لعدم ملكه .

ولئن سلمنا أن كله واجب الصرف إلى الدين - ولكن لم قلتم بأنه لا يجوز أن يكون أيضاً واجب الصرف إلى الفقراء ، فيجتمع الواجبان ، كالصلاة مع إنجاء^(١) الغريق وغيرها ؟ .

ولئن سلمنا أنه لا تجب الزكاة لتؤدي من هذا المال ولا من مال آخر - ولكن لم قلتم بأنه لا تجب الزكاة ديناً في ذمته ليؤدي عند القدرة ، كما قلنا في الحائض إذا طهرت في آخر جزء من الوقت والكافر إذا أسلم والصبي إذا بلغ ؟ .
الجواب :

قوله - يمكن قضاء الدين بواسطة الاكتساب والاستقراض - قلنا : قضاء الدين واجب في الحال وإنه قادر على هذا المال ، والاستقراض يحتمل الحصول ، والمحتمل لا يعارض القطعي ، والكلام فيما إذا تعين هذا المال لدفع ضرر الحبس المعجل ..

قوله - لا يتعلق الدين بعينه - قلنا : يتعلق الإنسان^(٢) بمال الغير خلاف الدليل إلا للضرورة ، والضرورة في المرض ، أما لا ضرورة في الصحة . وإنما لا يسقط الدين بهلاك هذا المال ، لأنه ثابت في الذمة / والذمة باقية ، وأما الأداء فمتعين منه ههنا ، بخلاف هلاك النصاب^(٣) لأنه في المال .

قوله : تعين لقضاء الدين كله أم ما وراء قدر الزكاة ؟ - قلنا : كله .

قوله : صار قدر الزكاة ملكاً للفقير وحقاً له - قلنا : لا نسلم ، وإنما يكون كذلك أن لو وجب (ست) الزكاة ، وقد بينا أنه لا تجب الزكاة حقاً للدائن ودفعاً لضرر الحبس عن المدينين .

قوله : لم لا يجوز أن يجتمع الواجبان ؟ - قلنا : لتعذر الجمع . ولئن ثبتا يكون

(١) أتجنى فلاناً مما نزل به : خلّصه - المعجم الوسيط .

(٢) كذا في الأصل : « الإنسان » . ولعله يقصد هنا « الدائن » .

(٣) في الأصل : « لأنها » - انظر المسألة التالية رقم ٩ .

أحدهما ممنوعاً ، والآخر مأموراً . كما قلنا في الصلاة مع إنجاء الغريق : فالمأمور هو الإنجاء لا غير ، وههنا المأمور هو القضاء لا غير ، لما بينا .

وأما قوله : لم قلم بأنه لا تجب الزكاة ديناً في ذمته ؟ - قلنا : لأن الشيء إنما بقي في الذمة إذا وجد السبب المقتضى للوجوب ، ولم يوجد ، لما ذكرنا - بخلاف ما ذكر من الأحكام ، لأنه وجدت أسبابها .

٩ - مسألة : من عليه الزكاة إذا فرط في أداء الزكاة حتى هلك النصاب سقطت عنه الزكاة^(١) .

والوجه فيه - أن واجب الزكاة جزء من النصاب ، فيسقط بهلاكه .

وإنما قلنا ذلك - لقوله عليه السلام : « هاتوا ربع عشور أموالكم : من كل أربعين درهماً درهماً »^(٢) . وقوله « في الرقة ربع العشر »^(٣) - فبعض هذه النصوص وردت بكلمة « من » وإنما للتبعيض^(٤) ، وبعضها بكلمة « في » وإنما للمظرفية^(٥) ، وذلك يقتضى الجزئية^(٦) ، فيسقط بهلاكه ، كالعبد الجاني .

فإن قيل : [قلنا] : يشكل هذا بالاستهلاك .

وأما قولكم : الواجب جزء من النصاب - قلنا : هذا يناقض مذهبكم ، لأن عندكم

(١) وكذا في التحفة ، ١ : ٤٧٤ قال : « ولو هلك النصاب بعد الحول أو بعضه ... فأما إذا تمكن من الأداء وفرط حتى هلك ، فكذلك الجواب عندنا (أى لا شيء عليه) - وقال الشافعي : لا يسقط » .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ٥ ص ٢٠ .

(٣) راجع فيما تقدم ص ١٦ . والهامش ٢ منها .

(٤) انظر الهامش الآتي قريباً : ٣ ص ٢٤ .

(٥) انظر الهامش الآتي قريباً : ٤ ص ٢٤ .

(٦) في الأصل كذا : « الجزان » .

المعتبر قيمة الواجب يوم الوجوب لا عينه ، ولأن الواجب لو كان جزءاً (١) النصاب لتعلق حق الفقير به ، ولنع من التصرف فيه ، كما في المريض مرض الموت ، ولأنه لو أدى من مال آخر جاز .

فهذا كله ينفي كون الواجب جزءاً (٢) من النصاب .

وأما الأحاديث :

قولكم : بأن كلمة « من » للتبعض - قلنا : كما هي للتبعض تكون للجنس والتمييز أيضاً (٣) .

وقوله : كلمة « في » للظرفية (٤) - قلنا : كما / تستعمل للظرفية تستعمل في السببية ، كقوله « في العينين الدية » . ولئن سلمنا بأنها للظرفية ، ولكن الظرف غير المظروف ، فيكون الواجب غير النصاب ، لا جزءه (٥) ، لأن جزء الشيء ليس بغيره . ولئن سلمنا أن الواجب جزء النصاب - ولكن لم قلتم بأنه يسقط بهلاكه ؟ وهذا لأن الواجب دخل في ضمانه بالتفريط ، لأن الزكاة واجبة على الفور ، لإطلاق الأمر ، فإذا منع الحق بعد طلب المستحق يضمن ، كالوديعة وصدة الفطر .

الجواب :

أما الاستهلاك - قلنا : ثم إن هلك المال حقيقة ، ولكن بقي معنى ، لأن الظاهر

(١ - ٢) في الأصل كذا : « حر » - « حزا » .

(٣) في المعجم الوسيط ملخصاً : « من » « حرف جر يأتي على وجوه منها : ١ - الابتداء وهو الغالب ٢ - التبعض ٣ - البيان ٤ - التعليل ٥ - البدل ٦ - الفصل والتمييز وهي الداخلة على ثائي المتضادين نحو : « والله يعلم المفسد من المصلح » ٧ - توكيد العموم وهي الزائدة في نحو : ما جاءنا من أحد . وانظر أيضاً : الرماني ، معاني الحروف ، تحقيق الدكتور عبد الفتاح شلي ، ص ٩٧ .

(٤) « في » - معناها الوعاء . وبمعنى « على » عند الكوفيين . وقالوا : وتكون بمعنى

« مع » - الرماني ، معاني الحروف ، ص ٩٦ .

هو الاستهلاك في وجه الانتفاع ، أو لأنه بالاستهلاك صار جانبا على الشرع ، فيجب عليه الضمان .

قوله : المعتبر عندكم قيمة الواجب - قلنا : المعتبر عندنا عين الشاة ، والواجب أداؤها عينا ، إلا أن للمالك ولاية النقل إلى مطلق المال بشرط بقاء النصاب ، فإذا هلك يسقط .

قوله : لو كان الواجب جزء النصاب لتعلق به حق الفقير - قلنا : وقد تعلق به ، إلا أنه لم يمنع من التصرف ليمكن المالك من تسميره نظراً له وللفقير ، بخلاف المريض فإنه عاجز عن التسمير .

قوله : لو أدى من مال آخر ، جاز - فالجواب عنه ما مر .

قوله : كلمة « من » للتمييز^(١) - قلنا : نعم إذا أضيف إلى غير جنسه ، كقولكم : باب من حديد . وإن أضيف إلى الجنس فهو للتبعيض ، كقولهم : رجل من الرجال .

قوله : بأن كلمة « في » للسببية أيضاً - قلنا : هي للسببية والظرفية جميعاً ، ولا تنافي بينهما ، فإن المعنى يجمعهما وهو الاتصال .

قوله : بأن الظرف غير المضروف - قلنا : بلى ، وجزء النصاب غير النصاب من حيث إنه واجب ، والنصاب سبب للوجوب ، وهذا القدر من المغايرة يكفي للظرفية .

قوله : الواجب دخل في ضمانه بالتفريط - قلنا : وجوب الضمان يستدعي سابقة الجناية ولم توجد ، لأن التأخير^(٢) عن أول أوقات الإمكان لم يكن جناية ولا / منعاً بعد الطلب .

٢/٨

(١) في الأصل كذا : « للتمييز » راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٢٤ .

(٢) « التأخير » غير واضحة في الأصل .

١٠ - مسألة : دفع القِيم في باب الزكاة جائز .

والوجه فيه - أن أداء قيمة الشاة يسد مسد أداء عين الشاة في استيفاء المصلحة المطلوبة من الأداء إلى الفقير ، فيجوز قياساً على ما إذا أدى واحدة من خمس إبل ، لأن الكفاية كما تحصل بملك عين الشاة تحصل بملك القيمة بل أولى ، لأن تملك عين الشاة لا يتوسل^(١) في الحال إلا إلى نوع كفاية وهو الأكل ، وملك الدراهم يتوسل إلى أنواع من الكفاية .

فإن قيل : التعليل يشكل بما إذا أعار داره أو أجرها بنية الزكاة ، فإنه لا يجوز . وكذا لو أدى ربع صاع من حنطة تعادل قيمته قيمة نصف صاع من حنطة وسط أو قيمة صاع من شعير - لا يجوز مع ما ذكرتم . وكذلك إذا أضاف^(٢) الفقير فإنه لا يجوز . ثم نقول : لا نسلم بأن أداء القيمة يسد مسد أداء العين . وهذا لأن المطلوب من أداء الشاة أداء عينها . وهذا لا يحصل من القيمة .

ثم هذا القول معارض بما روى أبو داود في صحيحه أن رسول الله ﷺ بعث معاذ ابن جبل إلى اليمن فقال : « خذ الحب من الحب والشاة من الغنم والبعير من الإبل والبقرة من البقر » . ولأن الزكاة من باب العبادات ، والحكم فيها ثبت تعبداً غير معقول المعنى ولا معلل ، فلا يجوز ترك المنصوص والأخذ بالرأى والقياس هـ .

الجواب :

أما إذا أعار داره بجهة الزكاة - إنما لا يجوز ، لأن الواجب أداء المال إلى الفقير وتمليكك منه ، ولم يوجد ، لأن الإعارة تمليك المنافع لا تمليك الأعيان - وهو الجواب عن إجارة الدار بنية الزكاة .

(١) وسَل فلان إلى الله بالعمل يسبل وسَلًا : رغب وتقرب ، ووسَل فلان إلى الله تعالى عمل عملاً تقرب به إليه ، وتوسل فلان إلى الله تعالى وسَل - المعجم الوسيط .

(٢) أضاف إليه أنزله ضيفاً عنده - المعجم الوسيط .

وأما إذا أدى ربع صاع من حنطة عن صاع إنما لا يجوز ، لأن الحنطة منصوص عليها ،
والمؤدى وهو الربع وقع عن الربع ، فلو وقع / عن الباقي يقع باعتبار الجودة ، والجودة
ساقطة الاعتبار فى الأموال الربوية ، بخلاف الشاة ههنا ، لأنها ليست من الأموال
الربوية . ولهذا لو باع شاة بشاتين يجوز ، فيجوز أداء القيمة .

وأما الضيافة - فلأنها إباحة ، وليست بتملك ، فلا يجوز .

قوله : المقصود من أداء الشاة أداء عينها - قلنا : ليس كذلك ، بل مقصود الشارع
إغناء الفقير ، لمكان المناسبة ، وإنه يحصل بالقيمة .

وأما النص - قلنا : النص يقتضى أن أداء الزكاة إلى الفقير واجب حقاً لله ، وقضاء
لحق الفقير الذى له عند الله بحكم وعد الرزق ، وإنه يحصل بأداء القيمة ولا يمنع
الخروج عن العهدة بطريق من الطرق .
والله أعلم .

١١ - مسألة : الزكاة لا تجب على الصبى والمجنون .

والوجه فيه - أن الزكاة عبادة ، فلا تجب على الصبى ، قياساً على الصلاة .

وإنما قلنا ذلك - وذلك لأن العبادة فى اللغة عبارة عن التعبد^(١) والتذلل - من
قولهم : طريق معبد أى مذل . سميت العبادة عبادة لأنه فعل يقع به التذلل والتعبد
والانقياد لله ، والعبادة على هذا التفسير لا تتأق إلا باختيار صحيح ، فلا تتأق من
الصبى والمجنون ، كما لو أدى بنفسه .

فإن قيل : قولكم بأن الزكاة عبادة - قلنا : لا نسلم . وبيان أنها ليست بعبادة أنه
يجرى فيها الجبر والاستخلاف والنيابة ، وهى لا تجرى فى العبادات .

(١) فى الأصل كذا : « التعبدى » . فى المعجم الوسيط : عبَّده ذلَّه . يقال عبَّده الطريق .

ولئن سلمنا أنها عبادة ، ولكن عبادة تجرى فيها النيابة أم لا تجرى ؟ م ع .
الأول (١) - فلم قلتم بأنه إذا جرت فيها النيابة لا يتأتى من الصبي إما بنفسه وإما
بنائبه . وهذا لأن الولي أو القاضي نائب الصبي واختيار النائب اختيار المنوب - دل
عليه العشر وصدقه الفطر : فإن فيهما معنى العبادة ، ومع هذا تجب على الصبي .

ولئن سلمنا أن الشرط هو الاختيار الحقيقي بنفسه / ولكن يتحقق بعد البلوغ - فلم
قلتم بأنه لا يجب في الحال ليؤدى بعد البلوغ ، كما في وجوب الصوم على المجنون .

٢/٩

ثم هذا القول معارض بالعمومات ، ويقول عليه السلام : « ابتغوا في أموال اليتامى
خيراً كي لا تأكلها الزكاة » وفي رواية « كي لا تأكلها الصدقة » (٢) وإنما تأكل إذا
كان واجباً .

وقوله عليه السلام : « من ولي يتيماً فليزك ماله » وفي رواية « فليؤد زكاة
ماله » ه .

الجواب :

أما الجبر والاستخلاف والنيابة - قلنا : إنما تجرى هذه الأحكام فيها ، لأنها وإن
كانت عبادة ، ولكن عبادة فيها حق العباد ، فشرع فيها هذه الأحكام ، إيصالاً للحق
إلى الفقراء بأبلغ (٣) الوجوه ، وإن كانت عبادة ، إذ لا تنافي بينهما .

(١) في الأصل : « الأول م ع » . ولكن جرى في الكتاب على أن « علامة العين معناه :
الأول ممنوع وعلامة الميم معناه : ولئن سلمنا » وعلى ما جرى عليه في غير هذا المكان ترد « الأول »
بعد « م ع » .

(٢) « وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن رسول الله
ﷺ قال : « من ولي يتيماً له مال فليزجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » رواه الترمذي
والدارقطني ، وإسناده ضعيف وله شاهد مرسل عند الشافعي - ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم
٤٨٩ ، ص ٨٤ - ٨٥ . وسيل السلام رقم ٥٦٩ ص ٦٠٥ .

(٣) في الأصل كذا : « إلى الفقراء بأبلغ ... » .

وأما النية - قلنا : إنما تثبت بطريق النية ، بأن يجعل فعله فعل المنوب واختياره اختياره ، ولم يوجد ههنا ، لأن الولي قائم مقام الصبي في بعض الأحكام ، فأقامه الشرع جبراً من غير اختيار الصبي .

وأما العشر وصدقة الفطر - فلأنها مؤنة ، ومعنى العبادة فيها تبع ، والصبي من أهل وجوب المؤنات ، كالتفقات والضمانات .

قوله : لم لا تجب ليؤدي بعد البلوغ ؟ قلنا : إنما تجب في الحال ليؤدي بعد البلوغ إن لو تصور أداؤه في الحال ، لأن إيجاب ما لا يتصور لا يعقل ، وهذا الفعل لا يتصور من الصبي كما ذكرنا ، فلا يجب في الحال ، فلا يجب بعد البلوغ .

وأما الحديث - قلنا : غير صحيح . ولئن صح فالمراد منها النفقة وصدقة الفطر . والحديث الثاني غير صحيح . ولئن صح فالمراد منه - والله أعلم - التنمية لأن التزكية عبارة عن التنمية لغة ، وذلك بالتجارة وهي استرباح . (١) .

(١) المعنى بذلك كامل . ولكن أضيفت عبارة غير مقروءة وأكثر موضعها بياض .

كتاب الصوم

١٢ — مسألة : إذا صام رمضان بمطلق النية أو بنية النفل أجزأه - خلافاً له (١) .

والوجه - أنه أتى بما أمر به / ، فوجب أن يخرج عن العهدة ، قياساً على ما إذا نوى
١/١٠ الفرض .

وإنما قلنا ذلك - وذلك لأن المأمور به هو الصوم ، وقد أتى به ، لأن الصوم هو
الإمساك في اللغة ، لقولهم « خيل صيام وخيل غير صائمة » ، وقد أتى بالإمساك ،
فهذا يقتضى أن يخرج عن العهدة بمجرد الإمساك ، إلا أننا توافقنا على اشتراط شرط
زائد ، وهو أصل النية : فإذا وجد الإمساك مع أصل النية يخرج عن العهدة (٢) .

فإن قيل : قولكم إن المأمور به هو الصوم وقد أتى به - قلنا : لا نسلم بأنه أتى
بالصوم .

قوله : الصوم هو الإمساك - قلنا : لغة أو شرعاً ؟ م ع . وهذا لأن اسم الصوم
انتقل عن موضوعه ، لأننا أجمعنا على أنه لو حلف أن لا يصوم فأمسك بدون النية لا
يحث . وكذا في صورة النزاع : إذا أمسك بدون النية لا يخرج عن العهدة ، فعلم أنه
انتقل إلى الإمساك مع النية . فعندكم إلى الإمساك مع أصل النية . وعندنا إلى الإمساك
مع النية المطلقة .

والدليل على أنه انتقل إلى ما ذكرنا أننا أجمعنا على أنه لو أمسك في باب القضاء
والندور والكفارات بمطلق النية لا يخرج عن العهدة مع أن المأمور به هو الصوم .

(١) قال السمرقندى في التحفة ، ١ : ٥٣٢ : « وعند الشافعى : صوم الفرض والواجب لا
يصح بدون نية الفرض والواجب . وأما التطوع فيصح بمطلق النية » .

(٢) في مختار الصحاح : والصوم أيضاً الإمساك عن الطعام . وفي المعجم الوسيط : صام
صوماً وصياماً أمسك وفي الشرع : أمسك عن الطعام والشراب من طلوع الفجر إلى غروب
الشمس مع النية .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى » وإن^(١) نوى النفل فيكون له النفل لا الفرض .

الجواب :

قوله : الصوم هو الإمساك لفة أو شرعاً ؟ قلنا : هو الإمساك لفة ، والإمساك أصل النية شرعاً وقد وجد^(٢) .

وأما مسألة الحلف - فإنما لا يحث لأن غرض الحلف هو الصوم الذى هو عبادة لا مجرد الإمساك ، وذلك لا يحصل إلا مع النية .

وأما القضاء والكفارات والنذر المعين ، فإنما / لا يخرج عن العهدة ، لأنه غير مأم به فى هذا الزمان على التعيين ، بل فى زمان بعينه ، وذلك بتعيين النذر .

وأما الحديث - قلنا : عام خص منه البعض ، فيختص المتنازع فيه .

والله أعلم .

١٣ - مسألة : صوم رمضان يتأدى^(٣) بنية من النهار قبل الزوال ، خلا له^(٤) .

والوجه فيه - أنه أتى بما أمر به ، فيخرج عن العهدة ، كما إذا نوى من الليل

(١) فى الأصل : « وإنه » .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٣٠ .

(٣) تأدى الأمر قضى - تأدى الدين قضى - تأدى الرجل قضى دينه - المعجم الوسيط

(٤) إذا نوى بعد طلوع الفجر فقال الشافعى لا يجوز إلا فى التطوع . وقال مالك : لا يجوز فى التطوع أيضاً . ولو صام بنيه بعد الزوال فى التطوع : لا يجوز عند الحنفية ، خلافاً للشافعية وبعض أصحابه قالوا : لا يجوز - راجع : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٥٣٤ والمراجع المشار إليهما ٥ منه .

وبيان الوصف والتأثير ما مر في المسألة المتقدمة . فهذه^(١) تقتضى أن يخرج عن عهدة الأمر بالإمساك العارى عن النية والإمساك المنوى قبل الزوال وبعده كما قال زفر ، إلا أن ذلك خرج عن قضية النص بالدليل ، فبقى المتنازع فيه داخلاً .

فإن قيل : قولكم بأنه أتى بما أمر به ، وهو الإمساك - قلنا : أتى بالإمساك المطلق أم بالإمساك الذى هو عبادة ؟ م ع . وهذا لأن بعض الإمساك وهو الإمساك فى^(٢) أول اليوم خلا عن النية . فلا يقع عبادة فى أول اليوم ، فلا يقع عبادة فى باقى اليوم ، لأن الصوم لا يتجزأ^(٣) .

ثم نقول : الواجب عليه إمساك هو عبادة لأنه مأثور به ، والإمساك يتردد بين الحماية^(٤) والعادة والعبادة ، فلا تتعين العبادة إلا بالنية ، وقد انعدمت النية فى أول النهار حقيقة وتقديراً ، لأن إرادة الفعل فى الزمان الماضى محال والنية ليست إلا الإرادة ، وصار هذا كالنية بعد الزوال .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام وهو ما روى ابن عمر عن حفصة زوجة النبى ﷺ قال : « من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له » رواه الترمذى^(٥) والسجستانى^(٦) والنسائى فى كتبهم^(٧) .

(١) ذا اسم يشار به إلى المذكر وذى بكسر الهمزة والذال للمؤنث فإن أدخلت عليها ها التثنية قلت هذا زيد وهذه أمة الله (مختار الصحاح) . فهنا : « فهذه » تعنى هذه أى هذه المسألة هنا .

(٢) فى الأصل : « عن » - وانظر ما يلى .

(٣) جزأه قسمه أجزاءً وتجزأ - المعجم الوسيط . وفى الأصل كذا : « لا يتجزى » .

(٤) الحماية الإقلال من الطعام ونحوه مما يضر - المعجم الوسيط .

(٥) هو أبو عيسى بن السلمى الترمذى ولد بترمذ سنة ٢٠٩ هـ وتوفى بها سنة ٢٧٩ هـ .

(٦) الظاهر أن المقصود أبو داود وهو سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأسدى السجستانى ولد سنة ٢٠١ هـ وتوفى سنة ٢٧٥ هـ .

(٧) « وعن حفصة أم المؤمنين رضى الله عنها عن النبى ﷺ قال : « من لم يبيت الصيام قبل =

الجواب :

أما قوله : الإمساك في أول النهار خلا عن النية ، فلا يكون عبادة - قلنا : هذا باطل بصوم النفل ، فإنه قد يخلو الإمساك عن النية في أول / النهار ، ومع هذا يكون عبادة ، فإنه روت عائشة قالت : « دخل على النبي ﷺ ذات يوم فقال : هل عندكم شيء ؟ قلنا : لا - قال : فإني إذن أنا صائم » (١) .

ونفس العبادة لا تتفاوت بين الفرض والنفل ، وإذا صح في تلك الصورة وجب أن يصح ههنا صيانة لصوم رمضان عن التفويت (٢) بخلاف ما إذا نوى بعد الزوال ، لأن ذلك مما لم يوجد له نظير في الشرع .

وأما الحديث - قلنا : ذكر الترمذی أن هذا من قول ابن عمر . ولئن سلمنا أنه من قول النبي ﷺ ولكنه محمول على نفي الفضيلة ، كى لا يلزم ترك العمل بالعموم في حق النفل .

والله أعلم .

١٤ - مسألة : المجنون إذا أفاق (٣) في بعض الشهر يلزمه قضاء ما مضى - خلافاً

له (٤) . وإذا استوعب كل الشهر لا يلزم القضاء بالإجماع .

= الفجر فلا صيام له « رواه الخمسة ، ومال الترمذی والنسائي إلى ترجيح وقفه ، وصححه مرفوعاً ابن خزيمة وابن حبان . وللدارقطني : « لا صيام لمن لم يفرضه من الليل » ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٥٣٠ ، ص ٩٢ - ٩٣ وانظر الهامش التالي .

(١) في بلوغ المرام (رقم ٥٣١ ص ٩٣) : « وعن عائشة رضی الله عنها قالت : دخل على النبي ﷺ ذات يوم فقال : « هل عندكم شيء » قلنا : لا . قال : « فإني إذن صائم » ثم أتانا يوماً آخر فقلنا : « أهدي لنا خبث » فقال : « أرنيته فلقد أصبحت صائماً » فأكل - رواه مسلم - والخبث هو التمر مع السمن والأقط تخلط وتعجن وتسوى كالثريد - المعجم الوسيط .

(٢) فات الأمر مضى وقته ولم يفعل وقوته أفاته جعله يفوته - المعجم الوسيط .

(٣) يقال : أفاق فلان عاد إلى طبيعته من غشية لحقته - ويقال أفاق السكران من سكره والمجنون من جنونه - المعجم الوسيط . وفي الأصل : « فاق » .

(٤) خلافاً للشافعي - السمرقندي ، التحفة ، ١ : ٥٣٦ .
(طريقة الخلاف في الفقه - م ٣)

والوجه فيه - أن المجنون لم يأت بالواجب عليه فيما مضى من الشهر ، فوجب عليه القضاء قياساً على المغمى عليه .

وإنما قلنا ذلك - لأنه لم يأت بالصوم ، وقد وجب عليه فيما مضى .

وإنما قلنا إنه وجب عليه فيما مضى - لأن عموم النص يتناوله ، وهو قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ ﴾ (١) أى فرض . والمجنون موصوف بصفة الإيمان . وإذا ثبت أنه وجب عليه ، وقد فات له لعدم الأهلية ، يجب عليه القضاء إخراجاً له عن عهدة الواجب .

فإن قيل : قولكم بأن الصوم وجب عليه - قلنا : لا نسلم .

والدليل على عدم الوجوب أن تفسير الواجب أنه لو أتى به يثاب عليه ولو ترك يعاقب ، وهذا منتفٍ في حق المجنون .

وأما الآية - قلنا : لا تتناول المجنون لأن شرط تناول الخطاب فهم الخطاب والقدرة على الفعل ، ولم يوجد ذلك في حقه ، بخلاف النائم والمغمى عليه / لأنه وجد في حقهما دليل الفهم والقدرة وهو العقل ، والحكم يدار على دليل الشرط لا على حقيقته ، أما ههنا بخلافه ، وصار كالمجنون المستوعب كل الشهر ، فإنه لا يلزم القضاء مع وجود ما ذكرتم .

الجواب :

قوله : الواجب ما لو أتى به يثاب عليه ولو ترك يعاقب - قلنا : لا نسلم ، بل الثواب بالفعل والعقاب بالتترك حكم الوجوب ، وحكم الشيء قد يترأخى عنه لمنافع .

ثم نقول : الواجب عبارة عن فعل يقتضى استحقاق الثواب بالإتيان به ، واستحقاق العقاب بتركه . وهذا إشارة إلى أن الوجوب وجوبان : أصل الوجوب وهو ما ذكرنا ، ووجوب الأداء وهو ما ذكرتم . ومثاله . الواجبات الموسعة : فإنه لا يعاقب بتركها - كذا هذا .

وأما قوله : شرط تناول الخطاب الفهم والقدرة - قلنا : في الحال أم في الجملة ؟
ع م ، والفهم والقدرة موجودان في حق المجنون في الجملة ، على تقدير الإفاقة ، وذلك
يكفى لتناول الخطاب ، كما قلنا في النائم والمغمى عليه .

قوله : وجد في حقهما دليل الفهم والقدرة ، وهو العقل - قلنا : عنه جوابان :
أحدهما - أن المجنون عبارة عن استتار العقل لا عن عدم العقل ، فإن اللفظ ينسب عنه
لغة (١) . والثاني - أن النائم والمغمى عليه عاجزان عن استعمال العقل ، ولا فرق بين
العديم والعاجز في حق الاستعمال . وأما المجنون المستوعب - قلنا : وجوب القضاء
امتنع لما منع وهو الحرج ، وإن كان ما ذكرنا من المقتضى موجوداً . أما ههنا بخلافه .

١٥ - مسألة : النذر بصوم يوم النحر وأيام التشريق يصح (٢) .

والوجه فيه أنه نذر بصوم مشروع ، فينبغي أن يصح ، كما إذا نذر بصوم رجب .
وإنما قلنا إنه مشروع - لأن صوم سائر الأيام إنما كان مشروعاً لكونه شاقاً على البدن
مخالفاً لهوى النفس ، والصوم في هذه الأيام بهذه المثابة فيكون مشروعاً . / وإذا كان
مشروعاً وجب أن يتمكن من تحصيله بواسطة النذر إما (٣) قضاء أو أداء ، تحصيلاً
لمصلحة الثواب .

فإن قيل : لا نسلم بأنه نذر أولاً ، وهذا لأن النذر حكمه الوجوب ، وبالإجماع لا
يجب صوم هذه الأيام . وإن ادعيت صوم أيام آخر ، فالتعليل وقع ضائعاً ، لأنكم علمتم

(١) في المعجم الوسيط : جَنَّ جَنًّا اسْتَر . وَجَنَّ الشَّيْءَ عَلَيْهِ سَرَهُ . وَجَنَّ جَنًّا وَجَنُونَا زَالَ
عَقْلُهُ . وَالجُنُونُ زَوَالُ الْعَقْلِ أَوْ فُسَادُ فِيهِ وَالمَجْنُونُ الذَّاهِبُ الْعَقْلُ أَوْ فَاسِدُهُ .

(٢) قال في التحفة ، ١ : ٥٢٣ - ٥٢٤ في صوم التطوع : « أما الصوم المكروه فأنواع :
منها .. صوم يوم النحر وصوم أيام التشريق » ... حتى لو صام في الأيام المنى عنها فإنه يقع جائزاً
حتى لا يجب عليه القضاء - والكلام كما تقدم في صوم التطوع .

(٣) تشبه : « لما » .

لكون [صوم] (١) هذه الأيام مشروعاً .

ولئن سلمنا أنه نذر ، ولكن لم قلتُ بأن صوم هذه الأيام مشروع ؟ - وهذا لأن المشروع ما يكون مأذوناً فيه ، وإنه ممنوع بالنص والإجماع : أما النص [قد] قوله عليه السلام : « ألا لا تصوموا في هذه الأيام » (٢) . والإجماع منعقد على أنه يمنع عن صوم هذه الأيام . ولأننا أجمعنا على أنه لو صام هذه الأيام عن واجب آخر قضاء ، لا يجوز ، ولو كان مشروعاً لجاز .

ولئن سلمنا أنه مشروع ، ولكنه معصية ، لأنه منهي عنه والنذر بالمعصية لا يصح ، لقوله عليه السلام : « من نذر أن يعصى الله فلا يعصه » (٣) .

ولئن سلمنا أنه ليس بمعصية ، ولكن لم قلتُ بأنه وجب أن يتمكن من تحصيله إحرازاً للثواب ؟ وظاهر أنه لا يتمكن ، لأن تمكنه منه مع منع الشرع عنه محال .

ثم نقول : إنكم قلتُ بوجوب الصوم في هذه الأيام واستيفاء المصلحة المعلقة به ، ثم قلتُ : الأولى أن يفطر ولا يستوفي المصلحة ، وهذا تناقض بين .

الجواب :

قوله : لم قلتُ بأنه نذر ؟ - قلنا : لأنه أتى بصيغة النذر .

(١) انظر العبارة التالية .

(٢) « وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه « أن رسول الله ﷺ نهى عن صيام يومين : يوم الفطر ويوم النحر » متفق عليه .

— « وعن نُبَيْشَةَ الهَذَلِي رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « أيام التشريق أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل » رواه مسلم .

— « وعن عائشة وابن عمر رضي الله عنهم قالوا : لم يُرَخَّصْ في أيام التشريق أن يُصُنَّ إلا لمن لم يجد الهدى » رواه البخاري .

— ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٥٥٦ و ٥٥٧ و ٥٥٨ . والصنعاني ، سبل السلام ، ج ٢ ، رقم ٦٤١ — ٦٤٣ ص ٦٧٥ — ٦٧٧ .

(٣) للبخاري من حديث عائشة - راجع بلوغ المرام رقم ١١٨٠ ، ص ٢١٤ — ٢١٥ . وكذا رقم ١١٨٣ ص ٢١٥ .

قوله : لا يجب صوم هذه الأيام - قلنا : لا نسلم ، بل يجب وفاء بالنذر وإن كان ممنوعاً . ويجوز أن يكون الفعل واجباً بمعنى استحقاق العقاب بتركه والشرع يمنع عنه المانع ، كالصلاة مع إنجاء الغريق وإنقاذ الحريق .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه .

وأما قضاء صوم آخر ، فلأنه وجب كاملاً فلا يجوز أداؤه ناقصاً ، / فإن صوم هذه الأيام وإن كان مشروعاً ولكنه ناقص لمكان النهى .

قوله : الصوم فى هذه الأيام معصية - قلنا : نفس الصوم من حيث إنه صوم لا يكون معصية . وإنما العصيان غيره وهو ترك الإجابة ، فصار كالصلاة فى الأرض المغصوبة ، فإنه يصح ، وإن كان سبباً لمعصية^(١) .

وأما قوله : تمكنه من استيفاء المصلحة مع منع الشرع محال - قلنا : الشرع أطلق استيفاء المصلحة فى الجملة ، إلا أن المنع ههنا ثبت بحكم العارض .
وبه خرج الجواب عما ذكر من التناقض .

١٦ - مسألة : إذا أكل أو شرب فى نهار رمضان عامداً ، تلزمه الكفارة .

والوجه فيه - أن الكفارة فى باب الوقاع^(٢) تعلق وجوبها بجناية إفساد الصوم ، وقد حصل إفساد الصوم بالأكل والشرب ، فوجب القول بوجوب الكفارة .

وإنما قلنا ذلك - لأن الواقعة فى نهار رمضان إنما كانت جنابة من حيث إنها إفساد الصوم ، لا من حيث إنها واقعة الأهل ، لأنه حلال ، وإفساد الصوم ذنب ، والحاجة مست إلى رفع الذنب ، والشرع أوجب الكفارة فى الوقاع ، وإنها صالحة لرفع الذنب ، لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُدْهَبْنَ السَّيِّئَاتِ ﴾^(٣) ، فغلب الظن أن الوجوب إنما كان لهذا .

(١) وقد تقرأ : سبب المعصية .

(٢) واقع المرأة جامعها - المعجم الوسيط .

(٣) هود : ١١٤ .

فإن قيل : هذا التعليل في الوضع فاسد ، لأنه إيجاب الكفارة بالقياس ، والكفارة من باب المقادير ، فلا يجوز إثباتها بالقياس . [قلنا : ليس كذلك . وسيأتى في الجواب] .

وأما قوله بأن إفساد الصوم ذنب ، والحاجة مست إلى رفع الذنب - قلنا : رفع الذنب يقتضى وجود الذنب ، والأصل في هذا الباب حديث الأعرابي (١) : أنه جاء إلى رسول الله ﷺ تائباً نادماً ، والتوبة رافعة للذنب بالنصوص ، ومع هذا أوجب الشرع الاعتاق - علم أنه وجب غير معقول / المعنى .

١/١٣

ولكن سلمنا أن الحاجة ماسة إلى رفع الذنب ، ولكن لم قلتم بأنه لا ذنب ههنا سوى إفساد الصوم ؟ .

قوله : لأن موافقة الأهل حلال - قلنا : في رمضان أو في غيره ؟ ع م وهذا لأن ملك النكاح جاز أن لا يتصل به حل الوطء في بعض الزمان ، كزمان الحيض والنفاس والظهار - كذلك ههنا .

ولكن سلمنا أنها شرعت لرفع إفساد الصوم ، لكن لم قلتم بأن الإفساد في الأكل والشرب مثل الإفساد في الوقاع ، وهذا لأن الكف عن الأكل والشرب شاق على البدن ، وإنه معتاد في النهار ولا كذلك الوقاع . ولأن الأصل في الأبضاع الحرمة والإباحة ثبتت لعارض ، والأصل في الأكل والشرب (٢) الإباحة والحرمة ثبتت لعارض . ولهذا إذا حرما بسبب عدم الملك ، كان حرمة الوقاع أغلظ ، فكذا إذا حرما بسبب آخر .

(١) « وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : هلكت يا رسول الله ! قال : « وما أهلكك ؟ » قال : وقعت على امرأتى في رمضان ! فقال : هل تجد ما تعتق رقية ؟ قال : لا . قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا . قال : فهل تجد ما تطعم ستين مسكيناً ؟ قال : لا . ثم جلس فأتى النبي ﷺ بقرق (زنبيل أو قفة) فيه تمر فقال : تصدق بهذا فقال : أعل أفقر منا ؟ فما بين لابتئها أهل بيت أحوج إليه منا ! فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنيابه ثم قال : اذهب فأطعمه أهلك - رواه السبعة واللفظ لمسلم - بلوغ المرام ، رقم ٥٤٧ ، ص ٩٥ - ٩٦ . وسيل السلام ، ٢ : رقم ٦٣٢ ص ٦٦٥ - ٦٦٨ .

(٢) في الهامش : المأكول والمشروب .

ولئن سلمنا أنهما اتحدا في الجناية ، ولكن لم قلتُ بأنه وجد سبب وجوب الكفارة ههنا ؟ .

قوله : الإفساد سبب - قلنا : باطل بابتلاع الحصاة والنواة وإفطار المريض والمسافر .
الجواب :

قوله : هذا إيجاب الكفارة بالقياس - قلنا : ليس كذلك ، بل بالاستدلال ، فإن القياس إثبات الحكم في المتنازع لمعنى في المنصوص عليه ، والاستدلال النظر في المتنازع : أنه هل هو من جنس ما ورد به النص ؟ فإذا عرف صار منصوباً عليه ، ويجوز إثبات الحكم ، سواء كان من المقادير أو لم يكن ، كما في هذه الصورة .

قوله : التوبة رافعة للذنوب - قلنا : نعم ، ولكن الإعتاق أيضاً يصلح رافعاً للذنوب ، والشرع لما عين الإعتاق في هذه الجناية علم أن التوبة بمجردوها لم تكن كافية .

قوله : لم قلتُ بأن الواقعة ليست بحرام ؟ - قلنا : لأن ملك النكاح قائم ، وإنه يقتضى الحل مطلقاً . وكذا نقول في الحيض وغيره : إن نفس الوطء حلال ، وإنما الحرام غيره - كذا ههنا / .

٢/١٣

قوله : الكف عن الأكل والشرب شاق على البدن وإنه معتاد - قلنا : ذاك يختلف باختلاف الرجال والأحوال ، فلا يتعلق الحكم به ، بل [ب] أصل الداعى .

قوله : حرمة الوقاع أغلظ - قلنا : نعم إذا كان الأكل والوقاع محرماً ، وهما ليس بحرام ، وإنما المحرم هو إفساد الصوم .

وأما الإفطار بالحصاة والنواة ، فليس بإفساد الصوم من كل وجه ، لأنه لا يفوت به معنى الصوم وهو قهر النفس ، فلا تتكامل الجناية ، وإفطار المريض والمسافر ليس بجناية أصلاً ، فافترقا. من هذا الوجه .

والله أعلم .

١٧ - مسألة : المنفرد برؤية الهلال إذا شهد عند القاضي ، فرد القاضي شهادته ، يجب عليه الصوم ، ولو أفطر لا يجب عليه الكفارة .

والوجه فيه - أن الإفطار صادف يوماً تمكنت فيه شبهة الرمضانية ، فلا تجب الكفارة ، قياساً على يوم الشك إذا أفطر .

وإنما قلنا ذلك - لأن دليل الرؤية عارضه دليل الغلط ، وهو تفرده من بين سائر الناس كافة ، وعند الغلط في الرؤية ينتفى كونه من رمضان ، لأنه لولا الرؤية ، لم تثبت الرمضانية اليوم ، فتثبت المعارضة فتثبت الشبهة ، فلا تجب الكفارة .

قإن قيل : قولكم بأن دليل الرؤية عارضه دليل الغلط ، وهو تفرده من بين سائر الناس . قلنا : لا نسلم بأنه تفرد . وهذا لأن تفرده بالرؤية ، إنما يعلم بعدم رؤية غيره ولا يطلع^(١) على ذلك ، لاحتمال وجود الرؤية من الغير ، ولجواز أن ذلك الغير لم يشهد لمانع .

ولئن سلمنا أنه تمكنت شبهة الرمضانية ، ولكن متى لا تجب الكفارة ؟ إذا كانت الكفارة واجبة عليه بالإفطار في رمضان أم إذا كانت واجبة عليه بإفساد الصوم الواجب عليه بإيجاب الشرع ؟ م ع .

وعندنا الموجب للكفارة ليس إلا هذا .

ولئن سلمنا أن دليل الرؤية عارضه دليل الغلط ، ولكن إذا كانت الكفارة واجبة على تقدير دون تقدير وجب أن تجب احتياطاً .

الجواب /

١/١٤

قوله : احتمال الرؤية من الغير موجود - قلنا : لو رآه غيره لشهد عند القاضي .

قوله : يحتمل أنه لم يشهد لمانع - قلنا : هذا مجرد وهم لا دليل عليه ، فلا يعتبر في الأحكام .

(١) يجوز أن تقرأ « ولا تطلع » لأن الحرف الأول من الفعل غير منقوط .

قوله : الكفارة إنما وجبت ، لأنه إفطار في يوم واجب ابتداء ، لا من حيث إنه رمضان - قلنا : صوم هذا اليوم ليس بواجب متعين^(١) ، بل في وجوبه شبهة ، على ما مر ، فلا تجب الكفارة .

قوله : إذا كانت الكفارة واجبة على تقدير دون تقدير ، وجب أن تجب احتياطاً - قلنا : هذا إثبات الحكم بالشك والاحتمال ، فلا يجب

١٨ - مسألة : الكفارتان تتداخلان .

والوجه فيه - أن الكفارة إنما وجبت في الأصل لتفيد معنى الزجر ، والكفارة الثانية لا تفيد معنى الزجر ، فلا تجب .

وإنما قلنا ذلك - لأنه إذا تحمل مشقة الكفارة الأولى ، يمتنع من الجنابة في الثاني غالباً . وإذا حصل الزجر بالأولى لا يتصور حصوله بالثانية ، لأن تحصيل الحاصل محال .

فإن قيل : قولكم بأن الكفارة في الأصل تفيد معنى الزجر - قلنا : لا نسلم أن نفس الأداء يصلح أن يكون زاجراً ، فضلاً عن الوجوب .

بيانه - أن الزجر إنما يحصل^(٢) بعقوبة تقام على الإنسان جبراً بدون اختياره كالحدود ونحوها ، والكفارة تتعلق باختياره ، فلا يحصل الزجر .

ثم الدليل على أنها لم تشرع للزجر ، وإنما شرعته لستر الذنب - أن^(٣) الكفارة من الكفر ، والكفر في اللغة هو الستر لا الزجر ، والحاجة إلى الستر في المرة الثانية ، كالحاجة إلى الستر في الأولى .

(١) في الأصل : الميم غير واضحة . وهي فيه هكذا : « متعين » .

(٢) في الأصل : الظاهر أنها كانت « يصلح » ثم عدلت حروفها بحيث صارت « يحصل » وسترد بعد كلمات : « فلا يحصل » .

(٣) في الأصل : « لأن » .

ولكن سلمنا أن الكفارة للزجر ، ولكن لم قلتم بأن الكفارة في الثانية عَرِيَتْ عن (١) هذا المعنى ؟ .

قوله : لأن الزجر حصل بالأولى ، فلا يحصل بالثانية - قلنا : قطعاً أم على سبيل الاحتمال ؟ ع م . وإذا احتمل عدم الانزجار (٢) ، لوجب أن تجب الكفارة الثانية تحقيقاً لمعنى الزجر . وصار هذا كما لو أفطر في رمضانين حيث يلزمه كفارتان ، مع ما ذكرتم .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن / أداء الكفارة يصلح زاجراً ؟ - قلنا : لما فيه من المشقة وفوات المال ، فيمتنع عما يوقعه فيه غالباً . ٢/١٤

قوله : يتعلق باختياره - قلنا : نعم ، ولكن الوجوب حامل له على الأداء ، فإذا أدى حصل الزجر بنفس الأداء .

قوله : بأنها لا تنبئ عن الزجر - قلنا : هو في نفسه رافع وسائر ، ولكن ههنا رافع آخر دونه في المشقة ، وهو التوبة . فالشرع إنما شرع الكفارة لمصلحة الزجر ، لمساس الحاجة والصلاحية .

قوله : لم قلتم بأن الكفارة في الثانية عَرِيَتْ عن (٣) هذا المعنى ؟ - قلنا : لأنه لم يتحمل مشقة الأولى إلا للامتناع عن الإفطار في المستقبل غالباً ، فلا يتصور حصول هذا المعنى بالكفارة الثانية مرة أخرى .

وأما إذا أفطر في رمضانين - [ف] تلزمه كفارة واحدة في ظاهر الرواية ، فيمنع .

(١) عَرِيَتْ من ثيابه تجرد منها وعَرِيَتْ من العيب سَلِمَ - المعجم الوسيط . وفي الأصل : « عن » بدلا من « من » .

(٢) في الأصل كلمة « الانزجار » غير واضحة وناقصة حرف الراء .

(٣) عَرِيَتْ من ثيابه تجرد منها : ويقال : عَرِيَتْ من العيب - المعجم الوسيط . راجع فيما تقدم الهامش ١ .

ولئن سلمنا ، فتأخير الكفارة إلى السنة القابلة نادر ، فيلحق بالغالب .
والله أعلم .

١٩ - مسألة : إذا شرع في الصوم التطوع ثم أفسده ، قضاءه .

والوجه فيه - أن الامتناع عن الصوم في بقية اليوم إبطال للعمل المؤدى في أول اليوم^(١) ، وإنه حرام ، فيجب عليه المضي ، تحرزاً عن الحرام .

وإنما قلنا ذلك - لأن المؤدى في أول اليوم صوم أو سبب الصوم على تقدير ضم^(٢) الباقي . وعلى تقدير الإفطار يخرج عن أن يكون صوماً أو سبباً للصوم ، والصوم عمل ، فما يؤدي إلى إبطاله ، يكون إبطالاً للعمل ، فيكون حراماً ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ ﴾^(٣) .

فإن قيل : قولكم بأن الامتناع عن الصوم إبطال للعمل - قلنا : لا نسلم بأن إبطال العلم متصور .

بيانه - أن إبطال العمل لا يخلو : إما أن يكون قبل وجوده ، أو بعده ، أو حال وجوده . لا وجه للأول لأنه عدم . ولا وجه للثاني لأنه تلاشي لأنه عرض . ولا وجه للثالث لأن الإبطال إذا طرأ على الموجود يرفعه ، فإذا قارنه بمنعه ، ولأن الشيء حال وجوده غير موجود بصفة التمام ، فلا يتصور إبطاله . /

ولئن سلمنا أن الإبطال متصور ، ولكن لم قلتم بأن المؤدى في أول اليوم سبب للشواب أو صوم^(٤) ، وهذا لأن الصوم هو الإمساك الممتد من أول النهار إلى آخره مقروناً
(١) وهو الصوم كما سيلي بعد قليل .

(٢) لعل المقصود « صوم الباقي » لمقابلة المعنى التالي وهو « الإفطار » .

(٣) محمد : ٣٣ - ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ ﴾ .

(٤) الذي تقدم هو : « .. لأن المؤدى في أول اليوم صوم أو سبب الصوم ... » - انظر العبارة التالية .

بالنية ، ولم يوجد . وليس بسبب للثواب ، لأن الصوم إنما يقع سبباً للثواب إذا وقع قربة وطاعة لله ، وإنما يقع قربة وطاعة لله إذا كان حاصلًا بإذن الشرع ، وإذن الشرع مقيد بشرط الإتمام .

ولئن سلمنا بأنه إبطال العمل - ولكن متى يكون حراماً : إذا تضمن حق العبد أم إذا لم يتضمن ؟ ع م . وهذا لأن حق العبد مقدم على حق الشرع ، لاستغناء الشرع وحاجة العبد ، وفي هذا الإبطال رعاية لحق العبد من استيفاء مصالح التغذى^(١) وغيرها .

ثم هذا معارض بما روت عائشة قالت : « دخل على رسول الله ﷺ فقلنا : يارسول الله أهدى لنا حَيْس فقال : أرينيه ، فلقد أصبحت صائماً ، فأكل »^(٢) ه .
الجواب :

قوله : لم قلتم بأن إبطال العمل متصور ؟ - قلنا : بالنص والعرف : أما النص فما تلونا من النهي^(٣) ، والنهي يدل على تصور النهي . وأما العرف - يقال : فلان سعى في أمر فلان ثم^(٤) أبطل سعيه . والفقه فيه أن البطلان في اللغة هو التلاشي ، ويستعمل في الأعمال ، ويراد به تلاشي الغرض المطلوب منها ، وقد وجد ههنا .
قوله : لم قلتم بأن المؤدى في أول اليوم صوم ؟ - قلنا : لأنه يسمى صائماً عرفاً وشرعاً .

قوله : لم قلتم بأنه سبب للثواب ؟ قلنا : لأن الصوم سبب للثواب بالنصوص .
قوله : إنما يكون سبباً للثواب إذا كان قربة وطاعة - قلنا : النص إذا دل على كونه

(١) التغذى أكل الغداء - المعجم الوسيط . والكلمة غير ظاهرة بأكملها في الأصل .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٣ .

(٣) لعله يقصد قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ ﴾ محمد ٣٣ - راجع الهامش ٣

ص ٤٣ .

(٤) « فلان ثم » غير واضحة .

سبباً للثواب ، فقد دل على كونه قرينة وطاعة ، والشروع في الصوم على قصد الإتمام مأذون فيه مطلقاً من غير تقييد ، وإنه يبطل بترك الباقي بالإجماع .

٢/١٥

وأما ما ذكر من حق العبد - قلنا : الترجيح لحق الشرع لوجهين : أحدهما - / أن حق العبد يفوت إلى غرض وهو الثواب . والثاني - وهو أن حق العبد يفوت برضاه - فكان أولى بالتترك .

وأما الحديث - قلنا : يحتمل أنه صلى الله عليه وسلم كان صائماً عن واجب لا عن نفل ، فلا يكون واقعاً في مورد النزاع .

كتاب النكاح

٢٠ - مسألة : الاشتغال بالنكاح أفضل من التخلي^(١) لنوافل العبادات .

والوجه فيه - أن النكاح واجب ، والتخلي ليس بواجب .

وإنما قلنا إن النكاح واجب لقوله تعالى : ﴿ فأنكحوا ﴾^(٢) : ولقوله عليه السلام : « تناكحوا »^(٣) : أمر ، والأمر للوجوب .

وإنما قلنا إن التخلي ليس بواجب ، لأننا أجمعنا على أنه لو تركه لا يعاقب ، والواجب ما يعاقب على تركه .

وإذا ثبت أن النكاح واجب ، فالاشتغال بالواجب أولى ، لأن الاشتغال بالواجب تحصيل مصلحة يجب استيفاؤها ، وهي مصلحة دفع الضرر بسبب العقاب .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح واجب - قلنا : لا نسلم ، وظاهر أنه ليس بواجب ، لأنه لو تركه لا يعاقب بالإجماع .

(١) تَخَلَّى تفرغ - مختار الصحاح والمعجم الوسيط - قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ١٧٥ : « .. فعندنا الاشتغال بالنكاح مع أداء الفرائض والسنن أولى من التخلي لنوافل العبادات مع ترك النكاح - خلافاً للشافعي » وفي الأصل « التحلى » .

(٢) النساء : ٣ - ﴿ وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع .. ﴾ وانظر : المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم مادة « نكح » ففيه بيان طويل في هذا القصد .

(٣) في بلوغ المرام ، رقم ٨٢٤ ص ١٤٩ : « تزوجوا الودود الولود فإنى مكاتر بكم الأنبياء يوم القيامة » رواه أحمد وصححه ابن حبان وله شاهد عند أبى داود والنسائي وابن حبان أيضاً من حديث معقل بن يسار . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٩١٢ ص ٩٧٥ - ٩٧٦ . وانظر فيهما بوجه عام « كتاب النكاح » .

وأما النصوص - قلنا : لا نسلم بأن هذه الصيغة أمر ، بل هي مترددة وضعاً بين الندب والإباحة والتوييح والتسخير ، فلا تحمل على الأمر إلا بدليل زائد .

ولئن سلمنا أن هذه الصيغة وقعت أمراً ، ولكن لم قلتم بأن الأمر يقتضى الوجوب - وهذا لأن الأمر ليس إلا دعاء إلى الفعل المأمور به ، ومتى كان الأمر حكماً لا يأمر بالفعل إلا لترجيح جهة وجوده على جهة عدمه ، والترجيح كما يثبت بالوجوب يثبت بالندب ، والوجوب أعلاهما والندب أدناهما ، والأدنى متيقن به والأعلى مشكوك فيه ، فثبت المتيقن وهو الندب ، دون المشكوك .

ولئن سلمنا أن الأمر يفيد الوجوب ، ولكن : أمر ورد قبل الحظر أم ورد بعد الحظر ؟ م ع . وبيانه - وهو أنا وجدنا / الأوامر الواردة في الشرع بعد الحظر أفادت الإباحة كقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ ^(١) وكقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا ﴾ ^(٢) والفقهاء فيه أن النهي عن الفعل وحظره دلالة أن في الطبع دعاء إليه - لولا ذلك لم يصح النهي في الحكمة . وإذا كان كذلك كان المراد بالأمر الإباحة وإزالة الحظر حتى يفعل هو بطبعه ، فلا يحتاج إلى الترغيب بالإيجاب ، فإنه لا يقال للجائع : كل وإلا عاقبتك .

وإذا ثبت أن الأمر بعد الحظر يكون للإباحة ، فنقول : الأمر بالنكاح ورد بعد الحظر ، لأن في النكاح قضاء الشهوة ، والشرع ما جاء إلا بتحريم قضاء الشهوة ، فكان الأمر الوارد في النكاح وارداً بعد الحظر ، فيفيد الإباحة ، دون الوجوب .

ولئن سلمنا أن الأمر يقتضى الوجوب مطلقاً ، ولكن في محل قابل للوجوب أم في محل غير قابل ؟ م ع . بيانه - أن النكاح عقد معاملة ، ولهذا يصح من الكافر أيضاً ، فلا

(١) المائدة : ٢ .

(٢) الجمعة : ١٠ - ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ... ﴾ . وفي الأصل : « وإذا » .

يتصف بالوجوب ، ولأن في الطبع داعية^(١) إلى النكاح لما فيه من قضاء الشهوة ، وما هذا حاله لا يتصف بالوجوب .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أن النكاح واجب ، ولكن ههنا دليل يأبى ذلك ، وهو أن النبي ﷺ سماه « سنة » بقوله عليه السلام : « النكاح سنتي » والسنة غير الواجب .

ولئن سلمنا أن النكاح واجب ، ولكن على سبيل التعين أم سبيل الكفاية ؟ ع م . ولا يمكن^(٢) دعوى التعين ، لأننا أجمعنا على أن كل واحد من المسلمين لو تركه لا يأثم . وإذا كان واجباً على سبيل الكفاية ، لا يترجح على المنسوب .

ولئن سلمنا أن النكاح واجب ، ولكن لم قلتم بأن التخلي ليس بواجب ؟ - وبيانه وهو أن المقصود من خلق العباد العباد مطلقاً ، لقوله تعالى : ﴿ وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون ﴾^(٣) وقوله تعالى : ﴿ يا أيها الناس اعبدوا ربكم ﴾^(٤) .

٢/١٦

ولئن سلمنا أن التخلي ليس بواجب ، ولكنه عبادة ، والنكاح ليس بعبادة ، وما يكون عبادة فهو أفضل مما لا يكون عبادة .

الجواب :

قوله : لو ترك النكاح لا يعاقب بالإجماع ، فلا يكون واجباً - قلنا : الجواب عنه ما مر في مسألة المجنون^(٥) .

(١) كذا تبدو ولعلها : « دواعيه » . وفي المعجم الوسيط : دعا إلى الشيء حثه على قصده - والداعية ، الهاء للمبالغة والجمع دَوَاعٍ ، الذي يدعو إلى دين أو فكرة .

(٢) كذا نرجع استناداً إلى تعبير المؤلف في مواضع مشابهة مثل ما في ٢/١٧ من المخطوط لأنها غير واضحة تماماً .

(٣) الذاريات : ٥٦ .

(٤) البقرة : ٢١ - وانظر المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم كلمة « اعبدوا » .

(٥) راجع فيما تقدم ص ٢٧ و ٣٣ وما بعدهما المسألة ١١ و ١٤ .

ثم نقول : النكاح واجب عندنا على سبيل الكفاية ، فلا يَأْتِمُّ به البعض إذا قام به البعض ، ولو ترك الكل فالكل يَأْتِمُّون .

قوله : لم قلتُ بأن هذه الصيغة أمر ؟ قلنا : لأن كون الصيغة أمراً يقف على شرطين : أحدهما المرتبة ، والثاني الإرادة - الدليل عليه أن السيد إذا قال لعبده : « اسقني » يسبق إلى فهم العبد كونه أمراً ويسارع إلى الامتثال . وقد وجد في هذه الصورة علو المرتبة والإرادة . أما علو المرتبة فظاهر . وأما الإرادة فلأنه إذا وجدت هذه الصيغة متجردة عن القرائن ، وهذه الصيغة موضوعة للأمر - دلت على إرادة كونه أمراً .

قوله : لم قلتُ بأن الأمر للوجوب ؟ - قلنا : لأن الصحابة حملوا أوامر الله وأوامر رسوله على الوجوب . ولأن^(١) ترك الفعل المأمور به عصيان ، لأن اللغوى لا يفرق بين قول القائل : أمرتك بكذا فعصيتني وبين قوله : أمرتك فلم تفعل . وقال الشاعر : « أمرتك أمراً جازماً فعصيتني »^(٢) أى لم تفعل . فثبت أن ترك الفعل المأمور به عصيان ، والمعصية سبب لاستحقاق العقاب ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَاراً خَالِداً فيها ﴾^(٣) .

قوله : متى يفيد الواجب : إذا ورد بعد الحظر أم قبل الحظر ؟ قلنا : قبله وبعده ، لأن ما ذكرناه من [الكتاب]^(٤) لا يفصل . وفيما ذكر من المواضع حمل على

(١) في الأصل كذا : « ولين » .

(٢) البيت بأكمله كما في المعتمد (١ : ٦٠) دون نسبته إلى أحد :

أمرتك أمراً جازماً فعصيتني ۞ فأصبحت مملوك الإرادة نادماً
وانظر : « أصول الفقه » للمؤلف ص من مخطوطته ١/١٨ وما بعدها .

(٣) النساء : ١٤ . وانظر أيضاً : سورة الجن : ٢٣ .

(٤) هذه الكلمة « الكتاب » وردت في الهامش وهي غير واضحة أصلاً - راجع كتاب المؤلف « أصول الفقه » ص في المخطوطة ٢/٢١ وما بعدها - وأثبتناها هنا كما نضن ، والله أعلم =

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٤)

الإباحة لا لكونه وارداً بعد الحظر بدليل أن الله تعالى نهى الحائض عن الصوم والصلاة ثم أمرها بهما ، وهو محمول / على الوجوب . وكذا نهى المحرم عن حلق الرأس ثم أمره به ، وإنه واجب .

قوله : بأن الأمر بالنكاح ورد بعد الحظر - قلنا : لا نسلم .

قوله بأن النكاح قضاء الشهوة وإنه حرام - قلنا : قضاء الشهوة في باب النكاح دخل بطريق الضمن والتبع ، وإنما المقصود مصالح التوالد والتناسل وغير ذلك .

قوله : لم قلتم بأن هذا المحل قابل للوجوب - قلنا : لأنه لو لم يكن قابلاً للوجوب لما أضيف إليه الأمر .

قوله : النكاح معاملة - قلنا : بلى ، ولكن معاملة شرعت لمصلحة بقاء العالم ، فيكون واجباً كالكسب والزراعة ، إذ لا تنافى بينهما .

قوله : في الطبع دعاء اليه - قلنا : (١) بلى ، ولكن لا ينفي الوجوب ؟ كصلة الرحم وغيرها .

قوله : سماه النبي ﷺ « سنة » والسنّة اسم لغير الواجب - قلنا : لا نسلم ، بل السنّة عبارة عن طريقة مسلوكة ، والطريقة قد تكون واجبة وقد تكون غير واجبة .

قوله : النكاح واجب على سبيل الكفاية - قلنا : نعم ، ولكن هذا يكفي للترجيح على النوافل ، لأنها ليست بواجبة .

قوله : لم قلتم بأن التخلي ليس بواجب ؟ قلنا : لما ذكرنا ، ولأنه معلق باختيار العبد - قال عليه السلام : « الصلاة خير موضوع فمن شاء فليقلل ومن شاء

= وراجع الهامش السابق (٣) ونلاحظ أيضاً أنه ورد حديث في ذلك وقد تقدم فلعل الكلمة الجامعة هي : « الأدلة » أو « النصوص » وانظر : السمرقندي ، ميزان الأصول ، ص ١١١ - ١١٢ .

(١) في الأصل كذا : « قل » . والمؤلف جرى على قوله هذا الموضع وأمثاله « قلنا » . يجعل هذا في نظرنا خطأ من الناسخ .

فليستكثر^(١) » وما هذا حاله لا يتَّصف بالوجوب .
 وأما الآية^(٢) فالمراد منه « إلا ليوحدون » نقلاً عن أئمة التفسير . وكذا قوله تعالى : ﴿ اعْبُدُوا رَبَّكُمْ ﴾ أى « وحدوا ربكم »^(٣) .
 قوله : بأن النوافل عبادة والنكاح معاملة - قلنا : بلى ، ولكن تعلقت بهذه المعاملة مصلحة هي أهم من المصلحة المتعلقة بتلك العبادة ، فيكون راجحاً هـ .

٢١ - مسألة : البنت المخلوقة من ماء الزانى يحرم على الزانى نكاحها .

والوجه فيه - أن هذه بنته ، فتحرم عليه .

وإنما قلنا ذلك - وذلك لأن / بنت الرجل لفة هي الأنثى المخلوقة من مائه ، وهذه أنثى مخلوقة من مائه ، فتكون بنته ، فتحرم عليه ، لقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبنَاتُكُمْ ﴾^(٤) .

فإن قيل : قولكم بأنها بنته - قلنا : لا نسلم .

قوله : بنت الرجل لفة هي الأنثى المخلوقة من مائه - قلنا : نعم ولكن لم قلتم بأن هذه مخلوقة من مائه ؟ وهذا لأن الانخلاق من مائه أمر باطن لا يوقف عليه إلا بدليل ، ولا دليل ههنا ، لأن الزانية يأتيها غير واحد من الرجال ، فلا دليل على كونها مخلوقة من مائه .

ولئن سلمنا أنها مخلوقة من مائه ، والمخلوقة من مائه تكون بنته - ولكن لفة أو شرعاً ؟ م ع . ولا يمكن دعواه ، لأن الشرع قطع الإضافة عن الزانى حيث قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ، ومثل هذا الكلام مستعمل للقطع والنفى . وإذا

(١) في الأصل كذا : « فليستكثر » .

(٢ - ٣) راجع فيما تقدم ص ٤٨ - الآية ٥٦ من الذاهبات و ٢١ من البقرة . وفي فتح القدير للشوكاني ، ج ٥ ص ٩٢ : « وقال الكلبي : المعنى إلا ليوحدون » وقد أورد أقوالاً أخرى .

(٤) النساء : ٢٣ .

كان منقطع الإضافة عنه شرعاً ، كانت كذلك عرفاً ، ولأن الشرع حرم نسبة المخلوق من الزنا إلى الزاني ، لأن فيه إشاعة الفاحشة ، والظاهر امتناع الناس عما حرمه الشرع .

ولئن سلمنا أنها بنته ، ولكن لم قلتم بأنها تحرم عليه ؟ .

أما النص - قلنا : الداخل تحت النص بنت مضافة إليه مطلقاً ، والمضافة إليه مطلقاً هي المضافة إليه لغة وعرفاً وشرعاً ، فلا تتناولها الآية .

ولئن سلمنا بأنها مضافة إليه عرفاً وشرعاً ، ولكن في حق جميع الأحكام أم في حق بعض الأحكام دون البعض ؟ ع م .

ولا يمكن دعوى الأول ، لأنها غير مضاف [ة] إليه في حق الإرث وفي حق النفقة وفي الاستيلاء . ولأن الزنا حرام ، فلا يجوز أن يكون سبباً لإضافة الولد ، لأنها نعمة .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنها مخلوقة من مائه - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أنا لا نتكلم في زان معين ، بل نقول هذا متصور أن يقع ويعرف ، فتكلم في ذلك المتصور على تقدير الوقوع .

والثاني - بفرض (١) الكلام فيما إذا زنى وأمسكها في بيته / حتى جاء الولد إلى ستة أشهر ، وقد أقر بذلك .

قوله : بنته لغة أم شرعاً ؟ - قلنا : لا حاجة بنا إلى ذلك ، ولكننا نقول : هذه بنت مختصة به حقيقة ، والنص يقتضي تحريمها مطلقاً ، فتدخل تحت النص ، غاية ما في الباب أن الشرع قطع إضافتها إليه . ولكن إنما قطع الإضافة في حق تلك الأحكام التي ذكر لمعنى - ذلك المعنى غير موجود في الحرمة . بيانه - أن في الإضافة إلى الزاني في

(١) يجوز أن تكون : « نفرض » إذ الحرف الأول غير منقوط .

حق جريان الإرث والنفقة وأمية الولد بينهما^(١) إشاعة الفاحشة والتسوية بين النكاح والسفاح ، فالشرع قطع الإضافة في هذه الأحكام لهذا المعنى ، وهذا المعنى معدوم في الحرمة ، إذ ليس في الامتناع من النكاح إشاعة الفاحشة .

قوله : بأن هذا إثبات النعمة بالزنا - قلنا : ليس كذلك ، بلى هو إثبات الحرمة بالنص ، بناء على أمر حقيقى ، لا بالمعنى هـ .

٢٢ - مسألة : الزنا يوجب حرمة المصاهرة .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾^(٢) - الله تعالى نهى عن وطء موطوءة الأب ، وهذه موطوءة الأب ، فيحرم وطئها . وإذا حرم وطئها حرم نكاحها^(٣) ، إذ لا قائل يحل النكاح وحرمة الوطء .

وإنما قلنا إنه نهى عن وطء موطوءة الأب ، لأنه نهى عن نكاح منكوحة الأب ، والنكاح في اللغة حقيقة عبارة عن الوطء ، ثم جعل مجازا عن العقد ، فصح ما ادعينا : أن هذا نهى عن وطء الموطوءة ، فتحرم .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح في اللغة عبارة عن الوطء حقيقة - قلنا : لا نسلم ،

(١) كذا تبدو في الأصل : « أمية الولد بينهما » . وتقدم منذ قليل أنها غير مضافة إليه في حق الإرث والنفقة والاستيلاء . وفي المعجم الوسيط : الأمي نسبة إلى الأم .

ويلاحظ أن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه وإن كان لا يثبت نسبه من الزاني - أستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية - قسم الزواج ، ص ٣٩٦ و ٣٩٧ . وقد نص في المادة ١٨٤ من مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى تم بإشراف شيخ الإسلام الإمام المرحوم عبد الحليم محمود على ما يأتي : « يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة دون قيد أو شرط وترتب على هذا النسب بينهما جميع نتائجها المتفرعة عن الأمومة والبنوة مالية أو غير مالية » .

(٢) النساء : ٢٢ .

(٣) في الأصل : « نكاحاً » .

ن النكاح مجاز في الوطء ، بدليل أنه يصح أن يقال : وطئها وما نكحها ، أو نكحها وما وطئها ، وهذا أمانة المجاز .

ولا يقال بأن الأصل هو الحقيقة ، لأننا نقول : لا نسلم ، بل كل واحد منهما أصل ، بل المجاز أفصح وأكثر استعمالاً . ولا يقال بأن المجاز يخل بالفهم ، لأننا نقول / يخل بالإفهام المطلوب من الحقيقة ، أما لا يخل بالإفهام المطلوب من المجاز . ٢/١٨

ولئن سلمنا بأن المراد من منكوحة الأب موطوءة الأب ، ولكن لم قلتم بأن المراد بكلمة « ما » بقوله : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ﴾ ^(١) هي المرأة . وهذا لأن كلمة « ما » حقيقة في غير العقلاء ، فلو كان المراد منه « المرأة » لقال : « من نكح آباؤكم » ، فكان المراد والله أعلم : ولا تنكحوا النكاح الذي كان يعقد آباؤكم في الجاهلية .

ثم نقول : الحرمة عندهم ثبتت بالنظر والمس قبل الوطء ، فلا يمكن إثباتها بالوطء ، وصار هذا كوطء الصغيرة التي لا تشتى .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن النكاح عبارة عن الوطء حقيقة - قلنا : لأن مطلق الاستعمال دليل الحقيقة .

قوله : يصح أن يقال : نكحها وما وطئها - قلنا : لا نسلم بأنه يصح أن يقال هذا الكلام مطلقاً ، وإنما يصح على تقدير إضمار شيء وهو قوله : نكحها نكاحاً هو عقد وما وطئها ، فعلم أن النكاح حقيقة للوطء والعقد على طريق العموم ، احترازاً عن الاشتراك المخل بالفهم .

قوله : بأنه ذكر بكلمة « ما » - قلنا : كلمة « ما » قد تستعمل بدلاً عن كلمة « من » - قال الله تعالى : ﴿ قال فرعون وما رب العالمين ﴾ ^(٢) بمعنى « من » فيجب

(١) النساء : ٢٢ .

(٢) الشعراء : ٢٣ .

الحمل عليه عند قيام الدليل ، وقد دل الدليل وهو قوله « من » النساء ، لأن المنتزع من جنس المنتزع منه .

وأما قوله : بأن الحرمة تثبت بالمس والنظر قبل الوطء - قلنا : النظر سبب للحرمة ، إذا لم يتصل بالوطء ، لكونه سبباً مفضياً إليه قائماً مقامه . أما إذا اتصل به الوطء فلا .

وأما وطء الصغيرة التي لا تشتبه - قلنا : عند أبي يوسف ممنوع . وعندهما : إنما لا يوجب الحرمة ، لأنه وطء صورة لا معنى ، والنص يتناول الوطء المطلق . والله أعلم .

٢٣ - مسألة : الأب إذا تزوج بجارية الابن يجوز .

والوجه فيه - أنه تزوج بجارية غير مملوكة له / بوجه ما ، فوجب أن يجوز ، قياساً على ١/١٩ التزوج بجارية الأجنبية .

وإنما قلنا ذلك - وذلك لأنها مملوكة الابن من كل وجه ، بدليل نفاذ تصرفاته فيها (١) من البيع والهبة وحل الوطء والإعتاق وغيرها . وإذا كانت مملوكة الابن من كل وجه لا تكون مملوكة للأب ، لأن الجمع بين المالكين لشخصين في محل واحد في زمان واحد ممتنع .

فإن قيل : قولكم بأنه تزوج بجارية غير مملوكة له بوجه ما - قلنا : لا نسلم ، بل هي مملوكة للأب من حيث النص والحكم والمعقول :

أما النص - [ف] قوله عليه السلام : « أنت ومالك لأبيك » .

وأما الحكم - [ف] أجمعنا على أن الأب إذا استولد جارية ابنه يصح ، وإن وطئها لا يجب عليه الخد ، وإن ادعى ولدها يثبت منه النسب .

(١) كذا تبدو في الهامش .

وأما المعقول - فهو أنها كسب كسبه ، لأنها كسب الابن ، والابن كسبه ، والكسب سبب الملك .

ولئن سلمنا أنها غير مملوكة للأب بوجه ، ولكن لم قلتم بأنها مملوكة للابن من كل وجه ؟ أما حل الوطاء ونفاذ العتق فلا يدل على الملك من كل وجه ، بدليل حل الوطاء ونفاذ العتق في المدبرة (١) وأم الولد (٢) مع انتفاء الملك من كل وجه .

والدليل على أن الملك ليس ثابتاً (٣) للابن من كل وجه أن من جملة آثار الملك حجر الغير عن التصرف والتملك ، وهذا غير ثابت للابن في حق الأب ، فإن الأب غير محجور عن ذلك .

ولئن سلمنا أنها مملوكة للابن من كل وجه ، ولكن لم قلتم بأنها لا تكون مملوكة للأب ؟ .

قوله : الجمع بين الملكين ممتنع - قلنا : باعتبار ذاتيهما أم باعتبار أثريهما ؟ ع م . ولكننا لا تجمع بينهما في حق الآثار المتنافية ، لأننا [نفينا هذا] (٤) الملك في منع جواز نكاح الأب ومنع جواز نكاح الابن [والتنافي] (٥) بينهما / ٢/١

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يقتضى جواز النكاح ، ولكن ههنا دليل آخر يأتى ذلك . وذلك لأن الملك للأب ثابت من وجه على ما ذكرنا ، والثابت من وجه يلحق بالثابت

(١) كذا فيما بعد (المدبرة) وهما أيضاً إلا أن التاء الأخيرة غير ظاهرة هنا .

(٢) راجع : « التحفة ، ج ٢ ص ٤٠٦ - ٤١٠ في أم الولد وص ٤١٠ - ٤١٥ في المدير .

(٣) في الأصل : « ثابت » .

(٤ - ٥) هذه الكلمات موضعها في الأصل بياض إلا من بعض الحروف . فهى من اجتهدنا . وسيأتى قريباً في الجواب قوله : « ومن المحال صحة البيع والهبة من الأب والابن فيها وإذا ثبت التنافي بين هذه الآثار ثبت التنافي بين المعنيين المقتضيين لها ... لما نفينا الملك أصلاً ... » . ولعل المقصود هنا : لأننا نفينا اجتماع الملك للابن والأب معاً - والله أعلم .

من كل وجه في حق منع جواز النكاح احتياطاً ، إذ هو من باب الحرمات .
الجواب :

قوله : بأنها مملوكة للأب - قلنا : لا نسلم .

وأما الحديث - قلنا : الإضافة إنما تقتضى الملك إذا صادفت محلاً قابلاً للملك ،
والحل إنما يقبل الملك إذا كان فارغاً عن ملك الغير ، ومال الابن ملكه من كل وجه -
على ما مر .

وأما صحة الاستيلاء وثبوت النسب ، [ف] باعتبار ثبوت الملك قبيل الاستيلاء
مقتضى^(١) له ، لا للملك كان ثابتاً قبله .

وأما سقوط الحد - فوجود الشبهة ، أو باعتبار حق التملك ، لا باعتبار قيام الملك
في الحال .

قوله : كسب الكسب سبب الملك - قلنا : إذا كان الكاسب الثانى حراً أم إذا لم
يكن ؟ ع م - ولكن الكاسب ههنا وهو الابن حر مالك ، فملكه ينفى ملك الغير .

وأما المدبرة وأم الولد - قلنا : الملك ثابت فيهما من كل وجه . ولكن امتنع جواز البيع
والكفارة [ف] لمعنى آخر ، وهو انعقاد سبب الحرمة في الحال ، لما عرف .

قوله : من آثار ملك الغير حجر الغير عن التصرف - قلنا : نعم ، والأب محجور
عن التصرف في مال الابن ، حتى لو باعه ابتداء أو أعتقه لا ينفذ ، والحجر عن التملك
أثر العصمة لا أثر الملك .

قوله : بأن التنافي بين الآثار لا بين المملكين - قلنا : التنافي بين هذه الآثار والأحكام
لا يوجب التنافي بين المملكين ، لأن الملك هو المعنى المقتضى لهذه الآثار ، ومن المحال
صحة البيع والهبة من الأب والابن فيها ، وإذا ثبت التنافي بين هذه الآثار ثبت التنافي
بين المعنيين المقتضيين لها .

(١) في الأصل كذا : « مقتضى » .

قوله : بأن الثابت من وجه يلحق بالثابت من كل وجه احتياطاً - قلنا : لما نفينا الملك أصلاً / وجب القول بجواز النكاح لخلو المحل عن ملك اليمين .

١/٢٠

٢٤ - مسألة : زوج المعتدة إذا قال : أخبرتنى المرأة أن عدتها انقضت ، وذلك في مدة تحتمل انقضاء العدة ، وكذبه - فإنه يصدق الزوج في حل نكاح أختها أو أربع سواها .

والوجه - أن إخبار الزوج ^(١) حصل أمانة على انقضاء العدة ، فوجب أن يترتب عليه حل نكاح أختها وأربع سواها ، قياساً على ما إذا صدقته المرأة .

وإنما قلنا ذلك - لأن إخباره صدر عن عقل ودين ، فيترجح فيه الصدق على الكذب ، نظراً إلى ظاهر حاله ، فوجب العمل بخبره .

فإن قيل : قولكم بأن إخبار الزوج أمانة انقضاء العدة ، لأنه صادر عن عقل ودين ، وهما يدعوانه إلى الصدق - قلنا : إن كان العقل والدين يدعوانه إلى الصدق ، فاهوى والطبع يدعوانه إلى الكذب ، لتعلق النفع به ، وهو حل نكاح الأخت .

ولئن سلمنا أن إخباره أمانة الانقضاء ، ولكن إخبارها أمانة عدم الانقضاء ، والترجيح معها ، لأن إخبارها صدر عن علم وولاية ، لأنها أعلم بحالها ، والله تعالى أمرها بإظهار ما في رحمها بقوله تعالى : ﴿ ولا يحل لهن أن يكتمن - الآية (٢) ﴾ ، ولأنها أمينة ، والقول قول الأمين - لما عرف في الأحكام .

ثم إذا تعارض الحل والحرمه ، فالأخذ بالحرمه أولى ، احتياطاً .

(١) سيأتى أن إخباره صدر عن إخبارها .

(٢) البقرة : ٢٢٨ - ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ويعولتن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً ... ﴾

الجواب :

أما قوله بأن الهوى والطبع يدعوانه إلى الكذب - قلنا : لا معارضة بين الهوى والطبع وبين العقل والدين ، لأن العقل والدين في الدعاء إلى الصدق والصرف عن الكذب أحكم ، لأن الداعي إلى الصدق لذاته ، والداعي إلى الكذب ليس لذاته بل لما يتعلق به من النفع ، ويحتمل أن يتعلق النفع بالصدق ، فكان أرجح .

قوله : إخبارها صدر عن علم وولاية - قلنا : وخبر الزوج أيضاً صدر عن علم وولاية ، لأنه أخبر عن / إخبارها ، وله علم بإخبارها ، فيحتمل أنها أخبرته ثم نسيت أو أنكرت عمداً ، وكل من له علم بالشئ ، فله ولاية الإخبار عنه .

قوله : بأنها أمينة - قلنا : في ماذا ؟ في الإخبار عما في رحمها ابتداء أو في الإنكار أنها لم تخبر الزوج بذلك ؟ م ع . والكلام في الإخبار عن إخبارها : أنها أخبرت أو لم تخبر ، وهي ليست بأمانة في ذلك ؟ .

قوله : المحرم يترجع على المجل - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الإحلال حكم الشرع كالتحريم ، وكما أن إحلال الحرام افتراء على الشرع ، فتحريم الحلال افتراء على الشرع - دل عليه أنه يجب العمل ههنا بخبر المرأة في حق بقاء النفقة والسكنى وثبوت النسب ، عملاً بالدليلين بقدر الإمكان .

٢٥ - مسألة : الأب لا يملك إجبار البكر البالغة على النكاح .

والوجه - أن هذا الإنكاح صدر لاه عن ولاية ، فلا ينفذ قياساً على إنكاح الثيب البالغة .

وإنما قلنا ذلك - لأن ولاية الإنكاح مقيدة بشرط كون التصرف نظراً ومصلحة في حق المولى عليه ، لأن الولاية تثبت للأنظر فالأنظر ، وهذا الإنكاح لم يحصل على وجه نظر ، بدليل إقدامها على الرد مع عقلها وعلمها بمصالح نفسها .

فإن قيل : قولكم بأن ولاية الإنكاح مقيدة بشرط النظر - قلنا : لا نسلم .

وهذا على خلاف مذهب أى حنيفة : فإن للأب والجد إذا زوجا صغيرة من غير كفاء بأقل من مهر مثلها ، جاز ، ولا نظر فيه .

ولئن سلمنا أنه مقيد بشرط (١) النظر ، ولكن بحقيقة النظر أم بدليل النظر ؟ ع م . ولا يمكن تقييده بحقيقة النظر ، لأنه لا يوقف عليه ، فيؤدى إلى تعطيل الأحكام ، فيكون مقيداً بدليل النظر ، وهو موجود ههنا ، لصدوره عن كمال الشفقة والرأى .

ولئن سلمنا أنه مقيد بحقيقة النظر - ولكن لم قلتم بأنه لم يحصل على وجه النظر ؟ .

وأما إقدامها - قلنا : متى يدل على انعدام المصلحة : إذا كانت / عالة بمصالح النكاح أم إذا لم تكن ؟ ع م . وهذا لأن العلم بمصالح النكاح ومفاسده يحصل بالتجربة والممارسة ، ولم يوجد منها .

١/٢١

ولئن سلمنا أنها عالة بمصالح النكاح ، ولكن الأب كامل الرأى والعقل ، بخلاف المرأة ، فكان الترجيح لتصرفه .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن ولاية الإنكاح مقيدة بشرط النظر ؟ - قلنا : لأن الدليل ينفى ولاية الإنكاح ، لمكان الحرمة أو للضرر إلا إذا اشتمل على المصلحة .

وأما إذا زوجا (٢) صغيرة من غير كفاء ، بأقل من المهر - إنما ينفذ عنده لاشتماله على وجه النظر والمصلحة ، لأن المصلحة كما تحصل من الكفاء ، تحصل من غير الكفاء فتزويجها من غير الكفاء بأقل من المهر مع كمال الشفقة دليل على أن المصلحة فيه أكثر .

قوله : الحكم معلق بحقيقة المصلحة أم بدليلها ؟ قلنا : بحقيقة المصلحة الثابتة ، بناء

(١) فى الأصل هكذا : « ولأن سلمنا أنه مقيد بشر النظر »

(٢) أى الأب والجد - راجع ما ما تقدم قبل سطور .

على الدليل ، فلا يؤدي إلى تعطيل الأحكام .

قوله : إقدامها على الرد إنما يدل على انعدام المصلحة ، إذا كانت عالمة بمصالح النكاح - قلنا : هي عالمة بمصالح النكاح على الإجمال ، وإن لم تعرف على التفصيل ، لأنها تعرف أن مصالح النكاح هي التوالد والتناسل والسكن^(١) ، وذلك لا يحصل [إلا] بالدوام والثبات وحسن الأخلاق ، وذلك يكفي لعلمها بمصالح النكاح .

وأما ما ذكر من رأى الأب وعقله - قلنا : إن كان رأى الأب أكمل ، فشفتته أنقص . ورأى المرأة إن كان أنقص ، فشفتها أكمل .

والله أعلم

٢٦ - مسألة : الأب والجد يملكان إجبار الثيب الصغيرة .

والوجه فيه - أنه إنكاح صدر عن ولاية التنفيذ ، فوجب أن ينفذ ، قياساً على إنكاح البكر الصغيرة .

وإنما قلنا ذلك - لأن حاجة الصغيرة ماسة إلى مصالح النكاح ، وهي عاجزة عن مباشرة النكاح / بنفسها فوجب أن تثبت الولاية تحصيلاً لمصالح النكاح .

فإن قيل : قولكم بأن حاجة الصغيرة ماسة - قلنا : ولاية الإنكاح تثبت بمطلق الحاجة أم بالحاجة الضرورية ؟ ع م - فلم قلتم بأن تلك الضرورة موجودة ههنا ؟ .
بيانه - أن النكاح تصرف إضرار في جانب الصغار ، لأن فيه إرقاقاً وتمليكاً واستفراشاً واستدلالاً . والدليل ينفي ذلك . إلا أنا تحملنا ذلك في حق البكر لضرورة ، وهي ضرورة حصول العلم لها باللذة ، وهذه الضرورة منتفية ههنا .

ثم هذا معارض بما روى البخارى ومسلم في صحيحيهما عن أنى هريرة أن رسول الله

(١) سيأتى بعد قليل : « والسكن » وهي هنا في الأصل : « والمسكن » .

نَحْنُ قَالَ : « لَا تَنْكَحِ الْأَيْمَ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ » (١) وَالْأَيْمُ اسْمٌ لِلثَّيْبِ (٢) .

ولهذا إذا أوصى لأَيَامَى بنى فلان ، لَا يَدْخُلُ الْأَبْكَارَ فِيهِمْ .

الجواب :

قوله : الْإِنْكَاحُ تَصْرُفُ إِضْرَارٍ فِي جَانِبِهَا - قلنا : لَا نَسْلَمُ .

وأما مَا ذَكَرَ مِنَ الرِّقِّ وَالْمُلْكِ وَغَيْرِ ذَلِكَ - فَهُوَ مَنْقُوضٌ بِإِنْكَاحِ الْبَكْرِ الصَّغِيرِ .

ولَئِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ ذَلِكَ مُؤَثِّرٌ فِي إِثْبَاتِ الْوَلَايَةِ ، وَلَكِنْ الْإِنْكَاحُ طَرِيقٌ لِدَفْعِ الْحَاجَةِ إِلَى مَصَالِحِ النِّكَاحِ بَعْدَ الْبُلُوغِ ، فَيَجِبُ إِثْبَاتُ الْحُكْمِ بِهِ .

وأما الْحَدِيثُ - قلنا : الْمُرَادُ مِنْهُ الْمَرْأَةُ الْبَالِغَةُ الَّتِي لَا زَوْجَ لَهَا ، نَقْلًا عَنْ أُمِّةِ اللُّغَةِ (٣) .

وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٧ - مَسْأَلَةٌ : غَيْرُ الْأَبِّ وَالْجَدِّ مِثْلُ الْأَخِّ وَالْعَمِّ يَثْبُتُ لَهُ إِنْكَاحُ الصَّغِيرَةِ وَالصَّغِيرِ ،

وَلَهُمَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَّغَا .

وَالْوَجْهُ فِيهِ - أَنَّ الْإِنْكَاحَ صَدَرَ عَنْ وَلَايَةِ التَّنْفِيزِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَنْفَذَ قِيَاسًا عَلَى إِنْكَاحِ

الْأَبِّ وَالْجَدِّ .

(١) فِي بُلُوغِ الْمَرَامِ ، رَقْمٌ ٨٣٤ ، ص ١٥١ : « وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا تَنْكَحِ الْأَيْمَ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تَنْكَحِ الْبَكْرَ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ » قَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ : وَكَيْفَ إِذْنُهَا ؟ قَالَ : « أَنْ تَسْكُتَ » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ - وَالْأَيْمُ الثَّيْبُ الَّتِي فَارَقَتْ زَوْجَهَا بِطُلَاقٍ أَوْ مَوْتٍ . وَفِيهِ أَيْضًا : رَقْمٌ ٨٣٥ ص ١٥١ - ١٥٢ : « وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، وَالْبَكْرُ تُسْتَأْمَرُ وَإِذْنُهَا سَكُوتُهَا » رَوَاهُ مُسْلِمٌ . وَفِي لَفْظٍ : « لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيْبِ أَمْرٌ ، وَالْيَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَالنَّسَائِيُّ وَصَحَّحَهُ ابْنُ حَبَّانٍ . وَسَبِيلُ السَّلَامِ ، ٣ : رَقْمٌ ٩٢٢ ص ٩٩٠ وَرَقْمٌ ٩٢٣ ص ٩٩١ .

(٢ - ٣) الْأَيْمُ الْقَرْبُ ، رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً ، تَزَوَّجَ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ : وَهِيَ أَيْمَةٌ أَيْضًا -

الْمَعْجَمُ الْوَسِيطُ وَخِتَارُ الصَّحَاحِ .

وإنما قلنا ذلك - لأن الصغير والصغيرة يحتاجان إلى مصالح النكاح عاجزان عن مباشرة النكاح بأنفسهما . والأخ أو العم يختص^(١) بكمال الرأى والشفقة ، فوجب أن يثبت لهما الولاية تحصيلاً لمصالح النكاح ودفعاً لحاجتهما .

فإن قيل : / قولكم بأن الصغير والصغيرة يحتاجان إلى النكاح - قلنا : لا نسلم . ١/٢٢
وظاهر أنه ليس كذلك ، لأن الحاجة إلى النكاح لتحصيل المصالح المطلوبة من النكاح ، وهى قضاء الشهوة والتوالد والتناسل والسكن للازدواج ، وهذه المعاني لا تتحقق فى حق الصغير والصغيرة - غاية ما فى الباب أنهما يحتاجان إلى ذلك بعد البلوغ . ولكن الدليل ينفى ولاية الإنكاح ، لما فيه من الإضرار فى جانب الصغير بإيجاب المهر والنفقة ، وفى جانب الصغيرة بالرق والاستفراش ، والدليل ينفى ذلك ، إلا أننا تحملنا ذلك فى موضع يكون النكاح صيانة عن الزنا فى الحال وفيما عداه يتمسك بالدليل النافى ، بخلاف الأب والجد ، لأن الشرع لكمال شفقتهم ورأيهما أقام الحاجة بعد البلوغ مقام الحاجة فى الحال فى إثبات الولاية .

ولئن سلمنا أنهما يحتاجان ، ولكن لم قلتم بأن الأخ والعم مختصان بكمال الشفقة والرأى ؟ وهذا لأن فى شفقتهم قصورا ، وذلك مما يمنع التصرف على وجه النظر ، فلا تثبت الولاية . ولأننا أجمعنا على أن الأخ والعم لا يثبت لهما ولاية التصرف فى مال الصغير والصغيرة ، ومعلوم أن أمر النفس أهم من أمر المال ، فانتفاء الولاية ههنا أولى .

ولئن سلمنا أن الأخ والعم يصلحان لإثبات الولاية ، ولكن متى تثبت الولاية لهما : إذا كان ههنا أنظر منهما أم إذا لم يكن ؟ م ع . وههنا أنظر منهما^(٢) وهو القاضى ، لاختصاصه بكمال العلم والديانة ، فلا تثبت لهما الولاية .

الجواب :

قوله : الصغير والصغيرة لا يحتاجان إلى مصالح النكاح فى الحال ، فلا يحتاجان إلى

(١) قد تقرأ « مختص » .

(٢) هذه العبارة « أم إذا .. منهما » وردت فى الهامش وقرأناها بصعوبة بالغة . ولعل المعنى مستقيم بدونها وإن كان بها أوضح .

النكاح - قلنا : إن كانا لا يحتاجان إلى هذه المصالح في الحال ، ولكن يحتاجان إلى هذه المصالح بعد البلوغ كالزراعة والتجارة ، فإن الإنسان / يحتاج إلى الزراعة والتجارة في الحال لتحصيل الزرع والربح في الزمان الثاني - كذا ههنا - ولهذا يكفى لإثبات الولاية .

قوله : الدليل ينفي ثبوت ولاية الإنكاح لما فيه من الإضرار بالجانيين - قلنا : لا نسلم . وما ذكر من الرق والمهر وغير ذلك خرج من أن يكون ضرراً ، لكونه وسيلة إلى هذه المصالح ، إما في الحال أو بعد البلوغ ، فإن مصالح النكاح مطلوبة عقلاً وشرعاً . وبه خرج الجواب عن السؤال الذي يليه .

قوله : بأن الأخ والعم قاصر شفتقتهما - قلنا : قصور الشفقة لا يمنع الولاية ، فإن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، فيدار الحكم على أصل الشفقة ، ومظنته القرابة . وأما التصرف في المال - قلنا : إنما لا يملكان لتهمة الخيانة ، لأن شفقة الإنسان على نفسه أوفر من شفقه على أخيه ، فلا تؤمن فيه الخيانة ، لأن التصرف في المال يكثر وجوده ويتكرر ، أما ههنا لا تهمة ، لأن الأخ يتضرر بمصاهرة من لا يكافئه قريبه وأخوه .

وأما القاضى - قلنا : لا نسلم بأنه أنظر ، وبيانه - وهو أن الموجود في حق الأخ داع طبع وهو شفقة القرابة ، وفي حق القاضى داع شرعى . والداعى الطبعى يرجع على الداعى الشرعى .

٢٨ - مسألة : خيار البلوغ يثبت للصغير والصغيرة إذا زوجها غير الأب والجد - حتى لو بلغ^(١) له أن يرفع الأمر إلى القاضى حتى يفسخ القاضى النكاح . وعند أبى يوسف يقع النكاح لازماً .

(١) أى الصغير أو الصغيرة . انظر : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٢٢٠ .

والوجه فيه - أن الإنكاح صدر لا عن ولاية الإلزام ، فلا يلزم ، قياساً على إنكاح الأجنبي .

وإنما قلنا ذلك - لأن الدليل ينفي ثبوت ولاية الإنكاح أصلاً ، إلا أننا توافقنا على ثبوت (١) ولاية العقد والنفاذ ، فبقيت ولاية الإلزام منتفية بالدليل النافي .
وإنما قلنا إن الدليل ينفي لأن الصغير حر ، والحرية تنفي ثبوت ولاية الغير عليه .

فإن قيل : ما ذكرتم من / الدليل إن دل على انتفاء الزوم ، ولكن ههنا دليل آخر ١/٢٣ يأتي ذلك . وذلك لأن هذا تصرف يتصل به غرضه ومقصوده ، لأنه ممن هو مختص بكمال الرأي والشفقة ، وإنكاح شخص هذا حاله يفضي إلى المصالح المتعلقة به ظاهراً وغالباً ، فوجب القول بلزومه ، لأن في حق الفسخ إبطال حق معصوم للغير ، وذلك لا يجوز .

ولئن سلمنا أنه صدر لا عن ولاية الإلزام ، ولكن لم قلتم إن الدليل ينفي ولاية الإنكاح ؟

وأما الحرية - قلنا : لم قلتم إن الحرية تنافي النكاح حتى تنافي ولاية الإنكاح . وهذا لأن الحرية تنافي الرق والملك ، وليس في النكاح ملك ورق في المحل ، بل في الفعل ، وذلك لا ينافي ملك النكاح .

ولئن سلمنا أن الحرية في جانب الصغير تنفي ولاية الإلزام ، ولكن الحرية في جانب التصرف تنفي ولاية فسخ تصرفه ، فوقع التعارض وصار هذا كما إذا زوجت الأم أو زوج القاضي ، فإنه يلزم ، مع أنها مؤخران عن الأخ والعم .

الجواب :

قوله إن هذا تصرف يتصل به غرضه ومقصوده - قلنا : قطعاً أم على سبيل الاحتمال ؟ ع م . فلم قلتم بأنه يلزم ؟ وهذا لأن احتمال الخل (٢) إذا كان قائماً ، كان

(١) كذا قرأناها لأنها غير واضحة .

(٢) الخل : الفساد والضعف . يقال : في رأيه خلل - المعجم الوسيط ومختار الصحاح .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٥)

احتمال الحاجة قائماً ، ونحن لا نثبت ولاية الفسخ إلا على تقدير الخلل في المقاصد والحاجة إلى التدارك عند البلوغ .

قوله : بأن الفسخ إبطال حق الزوج - قلنا : بلى ، ولكنه إبطال حق غير لازم ، بل مشروط بالخيار ، كما في خيار البيع ، فلا يمتنع .

قوله : لم قلتم إن الحرية تنافي الإنكاح ؟ قلنا : لأن الحرية تنفي ولاية التصرف على الحر من غير رضاه ، سواء كان له أو عليه .

قوله : لم قلتم بأن النكاح رق - قلنا : لقوله عليه السلام : « النكاح رق » ^(١) ، فلينظر أحدكم أين يضع كرمته . ولأن الرق في اللغة عبارة عن ضعف حكيم / ، وقد وجد ذلك ، لكون المحل مقهوراً للغير .

٢/٢٣

قوله : الحرية في جانب المتصرف تنفي ولاية الفسخ - قلنا : بلى إذا ثبت مطلقاً ، أما ^(٢) إذا ثبت مشروطاً بخيار الفسخ فلا .

وأما إنكاح الأم فعن أبي حنيفة روايتان . والأصح أنه لا يلزم .

وأما القاضي فعن أبي حنيفة روايتان أيضاً ، فلا يلزم ^(٣) .

٢٩ - مسألة : النكاح بغير الولي ينعقد نافذاً .

والوجه فيه - أنها قصدت إيقاع التصرف مفيداً للملك النكاح ، والشرع جعلها بسبيل من ذلك ، والمحل قابل ، فوجب القول بالصحة - قياساً على ما إذا باعت ^(٤) عينا من أعيان مالها .

(١) هنا في الأصل « هـ » .

(٢) في الأصل : « أم » .

(٣) « وأما القاضي ... فلا يلزم » وردت في الهامش على سبيل التكملة لما في المتن .

(٤) في الأصل وردت بخط صغير جداً كلمة « ما » فوق « باعت » بحيث تقرأ « ما إذا ما باعت » والظاهر أن المعنى واضح بدون « ما » الزائدة .

وإنما قلنا إنها قصدت إيقاع التصرف مفيداً ، لدلالة القصد وهي الإتيان بالصيغة .
وإنما قلنا إن الشرع جعلها بسبيل من ذلك - لأن الشرع خصها بحالة لو أرادت إيقاعها مفيداً لملك النكاح ، يتأتى منها ذلك ، لأنها عاقلة مميزة عالمة بمصالح نفسها .
وإنما قلنا إن المحل هو قابل - لأن محل النكاح نفسها ، ونفسها حقها ، وهي قابلة للنكاح ، فوجب القول بالصحة ، لأن الشرع إنما حكم بتصرفها مفيداً لملك الميكن ، لمساس حاجتها وتحصيل مصلحتها - هذا المعنى موجود هنا .

فإن قيل : قولكم بأنها قصدت إيقاع التصرف - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن ثبوت القصد يقف على صحة القصد ، وصحة القصد تقف على العلم بما تقصد وكال العقل ، وإنها ناقصة العقل ، لقوله عليه السلام : « إنهن ناقصات عقل ودين » ولهذا أقيم شهادة امرأتين مقام شهادة رجل واحد .

ولئن سلمنا أنها قصدت ، ولكن لم قلتم بأن الشرع جعلها بسبيل من ذلك ؟ .
وأما ما ذكر من الحاجة - قلنا : الداعى إلى إثبات ولاية الإنكاح : الداعى أم الضرورة ؟ ع م - ولكن لم قلتم بأن الضرورة موجودة ههنا ؟ .

١/٢٤ بيانه - أن النكاح عقد شرعى مع المنافى ، لأن فيه ضرراً ، وما / هذا حاله يراعى في إثباته الضرورة لا مطلق الحاجة ، ولا ضرورة ههنا ، لأن الضرورة تندفع بإنكاح الولى أو القاضى .

ولئن سلمنا بأن الشرع جعلها بسبيل ، ولكن لم قلتم بأن محل التصرف حقها ، بل هو (١) حق الأولياء ، لأننا أجمعنا على أنها لو تزوجت من غير كفاء يثبت للأولياء حق الفسخ ، فلا يكون حقها على الخلو ، ولأن نفسها كما هى حقها فهى حق الشرع أيضاً ، بدليل أنها إذا وطئت بشبهة يجب العقر (٢) حقاً لها . وإذا وطئت بغير الشبهة

(١) فى الأصل : « هى » .

(٢) فى المعجم الوسيط : « العقر مهر المرأة إذا وطئت بشبهة » . وفى تعريفات الجرجاني : -

يجب الحد حقاً للشرع . فلو ملكت لا يخلو : أما أن تملك بالأصالة أو النيابة - لا وجه للأول ، لأن الأصل هو الشرع . ولا وجه للثاني ، لأنها لا تصلح نائبة عن الشرع ، ولهذا لا تصلح قاضية .

ثم هذا معارض بما روى أبو داود وأبو عيسى الترمذى فى صحيحهما بإسنادهما عن أبي موسى وابن عباس وأبي هريرة وعمران بن حصين وأنس وعائشة قالوا : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي » (١) . وهكذا خرج أبو داود والترمذى وابن ماجه فى كتبهم عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل - فنكاحها باطل - فنكاحها باطل . فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » (٢) . وكذا روى أبو هريرة : أن النبي ﷺ قال : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هى التى تزوج نفسها » (٣) .

الجواب :

قوله : لم قلت بأننا قصدت - قلنا : لأن دليل القصد ثابت - على ما مر .

قوله : لم قلت بأننا عالمة - قلنا : لأنها عاقلة .

قوله : بأن عقلها ناقص - قلنا : القدر الذى لها من العقل يكفى للوقوف على

= « مقدار أجرة الوطء لو كان الزنا حلالاً . وقيل مهر مثلها . وقيل فى الحرة عشر مهر مثلها إن كانت بكرًا ونصف عشرها إن كانت ثيباً . وفى الأمة عشر قيمتها إن كانت بكرًا ونصف عشرها إن كانت ثيباً » .

(١ - ٣) راجع رقم ٨٣٢ ص ١٥١ من بلوغ المرام .

ورقم ٨٣٣ ص ١٥١ من بلوغ المرام وفيه « فنكاحها باطل » مرة واحدة . واشتجروا أى اختلف أولياؤها فى زواجها وامتنعوا من العقد عليها .

ورقم ٨٣٦ ص ١٥٢ من بلوغ المرام وليس فيه : « فإن الزانية هى التى تزوج نفسها » . وانظر فى كل ذلك : الصنعانى ، سبل السلام ، ٣ ، أرقام : ٩٢٠ - ٩٢٤ ص ٩٨٧ -

المعاني التي تقف عليها مقاصد النكاح ، بدليل أنه يكفي / لمعرفة التوحيد والنبوات ،
وإنها أغمض^(١) من مصالح النكاح .

قوله : لم قلت بأن الشرع جعلها بسبيل من ذلك - قلنا : لما ذكرنا من الحاجة :

قوله : المراعى في هذا الباب الحاجة أو الضرورة ؟ قلنا : هذه معارضة في صورة
التقسيم ، لأن النكاح متى كان مشتملاً على المصالح ، وجب أن تكون هي بسبيل من
تحصيلها .

قوله : لم قلت بأن نفسها حقها - قلنا : لأن^(٢) العوض وهو المهر حقها على
الخلوص^(٣) .

وأما إذا زوجت نفسها من غير كفاء ، فلائن النكاح ، وإن كان تصرفاً في حقها ،
ولكنه يحتمل الضرر بالعشيرة بنسبة من لا يكافئهم ، فوجب عليهم دفع هذا الضرر .
وأما ما ذكر من حق الشرع لمكان الحد في الزنا - قلنا : الحق على هذا التفسير
ثابت أيضاً للشرع على الرجال . ومنع هذا لا يمنع الولاية .

وأما قوله : إما أن تملك بالأصالة أو النيابة - قلنا : بالأصالة لما ذكرنا ، وهي
الأصل في هذا الباب^(٤) .

وأما ما روى من الأحاديث فمطعون فيها من يحيى بن معين^(٥) وأحمد بن
حنبل^(٦) .

(١) غمض خفى - المعجم الوسيط .

(٢) في الأصل كذا : « لا » بدون النون .

(٣) تَخَلَّصَ تَخْلُوصاً وَخِلَاصاً صفاً وزال عنه شوبه - المعجم الوسيط .

(٤) « هذا الباب » وردت في الهامش تصحيحاً .

(٥) في الأصل : « بن ممن » - انظر : المغنى في الضعفاء ، ٢ : رقم ٧٠٥٦ ، ص ٤١٤ .

(٦) راجع فيما تقدم الهوامش ١ - ٣ من الصفحة السابقة . وابن رشد ، بداية المجتهد ، =

وإن لزموا به^(١) فمعارض بقوله تعالى : ﴿ فَلَ تَعْضَلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ
أَزْوَاجَهُنَّ ﴾^(٢) أضاف النكاح إليهن . ومعارض بما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ
قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها » أخرجه
مسلم وأبو داود وأبو عيسى^(٣) .

ولا يقال بأن المراد من إضافة النكاح إليهن في الآية إذن بالنكاح ، لأنها إذا أذنت
بالنكاح تكون ناكحة : إما بطريق المجاز ، كقولهم : بنى الأمير الدار ، وإما بطريق
العرف ، فإنه يقال في العرف « نكحت فلانة فلانا وإن أنكحها وليها - غاية ما في
الباب أنه خلاف الحقيقة ، ولكن يجوز حمله على المجاز إذا دل الدليل ، وقد دل الدليل
هنا ، وهو أنا لو حملناه على الحقيقة / يلزمنا ترك العمل بالأحاديث الصحيحة ،
فحمله على المجاز المستعمل ، عملاً بالدليلين بقدر الإمكان . ١/٢٥

وأما الحديث - فقوله : « الأيم أحق بنفسها من وليها » بمعنى أن الثيب الصغيرة لا
يملك الولي إجبارها على النكاح وتكون أحق بنفسها في رضاها لا في التزويج ، فيكون
حجة لنا عليكم في مسألة الثيب الصغيرة ، إذ لو حملناه على التزويج يلزم من ذلك
التناقض بين الأحاديث الصحيحة ، ويلزم أيضاً من ذلك ترك العمل بعموم الحديث ،

٢ : ٩ وما بعدها . وابن قدامة ، المغنى ، ٦ : ٤٤٩ وفيه أن حديث « لا نكاح إلا بولي » روته
عائشة وأبو موسى وابن عباس - قال المروزي سألت أحمد ويحيى عن حديث « لا نكاح إلا بولي »
فقالا صحيح . وأما الحديث الآخر : « أيما امرأة .. الخ » فرواه أحمد وأبو داود وغيرهما . فإن قيل
فإن الزهري رواه وقد أنكره - قال ابن خديج : سألت الزهري عنه فلم يعرفه - قلنا له : لم يقل هذا
عن ابن خديج غير ابن علية . كذلك قال الإمام أحمد ويحيى ، ولو ثبت هذا لم يكن حجة لأنه قد
نقله ثقة عنه فلو نسب الزهري لم يضرو ... » .

(١) أى التزويج واحتجوا به - المعجم الوسيط ومختار الصحاح . وفي الأصل كذا :
« لزمونه » .

(٢) البقرة : ٢٣٢٠ . وفي الأصل : « ولا » .

(٣) انظر بلوغ المرام ، رقم ٨٣٥ ص ١٥١ - ١٥٢ . وأبو عيسى هو الترمذي
(٢٧٥ هـ) .

لأن الأيم في اللغة تتناول الثيب الصغيرة التي لا زوج لها والثيب الكبيرة التي لا زوج لها ، وبالإجماع الثيب الصغيرة لا تملك تزويج نفسها . غاية ما في الباب أنا لو حملناه على ما ذكرنا يلزم من ذلك التقييد ، ولكن لو حملناه على ما ذكرتم يلزم منه التخصيص والتناقض ، فلم كان ما ذكرتم أولى مما ذكرنا ؟ لأننا نقول الترجيح معنا ، لأن ما تلونا كتاب مؤيد بالحديث الصحيح والمعقول ، فلا يعارضه ما ذكرتم .

٣. — مسألة : المصابة بالفجور لا تستنطق .

والوجه فيه - أن النكاح عقد مصلحة في حقها ، فوجب أن لا يتوقف نفاذه على نطقها ، قياساً على ما إذا زالت بكارتها بالوثبة والحیصة^(١) .

وإنما قلنا ذلك - لأن النكاح مشتمل على مصلحة التوالد والتناسل وقضاء الشهوة والنفقة وغيرها . فلو توقف على نطقها فانت عنها هذه المصلحة ، لأنها تمتنع من النطق ظاهراً أو غالباً ، لمكان الحياء .

فإن قيل : قولكم : لو توقف النكاح على نطقها لفوت عنها مصالح النكاح - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأنها تمتنع عن النطق حياء من إظهار الرغبة إلى الرجال - قلنا : متى تمتنع عن النطق : إذا كان في النطق مصلحة أم إذا لم يكن ؟ / ع م . ٢/٢٥

بيانه - وهو أن النطق إن كان فيه عيب لمكان الوقاح^(٢) ، ولكن اشتغال النكاح على ما ذكرتم من المصالح يحملها^(٣) على النطق .

(١) خاص القوم جالوا جولة يطلبون الفرار والمهرب - المعجم الوسيط . ويعد أن تكون « والحیصة » لأنه في الغالب لا يترتب عليها زوال البكارة . ولعل المقصود « الانزعاج » أو « الخضة » كما نقول .

(٢) وقَّح الرجلُ قل حياؤه واجترأ على اقتراف القبائح ولم يعأ بها فهو وقَّيح ووقَّاح وهي وقَّاح وكذا وقَّح فهو وقَّح وهي وقَّحه - المعجم الوسيط .

(٣) كذا في الأصل : « نَحْمِلُهَا » ولعل الصح : « يحْمِلُهَا » .

ولئن سلمنا أن في النطق إظهار الرغبة إلى الرجال ، ولكن متى يكون عيباً : إذا كان بطريق مشروع أم إذا لم يكن ؟ ع م - وهذا لأن الرغبة إلى الرجال بطريق النكاح مباح شرعاً ، فالظاهر أنها لا تمتنع من النطق تحصيلاً لمصالح النكاح ، فكان مقتضى ما ذكرنا في البكر هكذا^(١) ، إلا أن الشرع جعل سكوتها رضاها وفقاً بها ، أما هذه [ف] لا تستحق الرفق لمكان الفجور .

ولئن سلمنا أنها تمتنع عن النطق ، ولكن مثل امتناع البكر أم دونه ؟ ع م . وهذا لأنه وجدت منها مخالطة الرجال ، فلا تمتنع مثل امتناع البكر ، فلا تفوت مصالح النكاح .

ولئن سلمنا بأنه تفوت مصالح النكاح ، ولكن جبراً أم باختيارها ؟ ع م . وهذا لأن الشرع جعل النطق طريقاً في حقها لاستيفاء مصالح النكاح ، والسكوت طريقاً للامتناع^(٢) . فإن أرادت استيفاء مصالح النكاح تحملت هذا^(٣) المكروه وإلا فلا .

ثم معارض بقوله عليه السلام : « الثيب تعرب عن نفسها »^(٤) وهذه ثيب ، ولهذا : لو أوصى لثيب بنى فلان تدخل هي في الوصية ، ولو أوصى لأبكارها لا تدخل .

الجواب :

قوله : لا تمتنع عن النطق لما فيه من مصالح النكاح - قلنا : مصالح النكاح لا تصلح معارضة للحياء ، بدليل فصل البكر : فإنها تمتنع مع ما ذكرتم ، وحياء هذه أشد من حياء البكر ، لأن في نطق هذه إظهار الرغبة إلى الرجال في المستقبل وإلى الرجل الماضي ، فكان امتناعها أشد .

(١) في الأصل كذا : « هكذا » .

(٢) في الأصل « الامتناع » .

(٣) في الأصل تشبه : « هذه » .

(٤) راجع فيما تقدم الهوامش ١ - ٣ ص ٦٨ و ٦ ص ٦٩ - ٧٠ و ٣ ص ٧٠ .

وبه خرج الجواب / عن السؤال الثاني والثالث ، لأننا بينا أن امتناعها من النطق أشد من امتناع البكر .

قوله : مصالح النكاح تفوت باختيارها أو لا باختيارها - قلنا : باختيارها ، ولكن اختيارها لا يدل على رضاها بالضرر ، لأن رضاها أمر خفى لا يمكن الوقوف عليه ، وسكوتهما يحتمل^(١) أنها سكنت تحزناً عن إظهار الرغبة إلى الرجال وحياء عن ما صدر منها - كما ذكرنا .

وأما الحديث - قلنا : خصت منه الأمة والصبيبة العاقلة والمجنونة ، فتخص هذا .

٣١ - مسألة : أحد الأولياء إذا زوج وليته من غير كفاء برضاها ، يلزم العقد ، ولا يكون للباقيين حق الاعتراض .

والوجه فيه - أن إنكاح الولي وليته برضاها من غير كفاء دل على تعلق مصلحة بالنكاح على وجه لا يتم استيفاؤها إلا به ، فوجب القضاء بلزوم العقد ، قياساً على ما إذا زوجها من كفاء .

وإنما قلنا ذلك - لأن إقدامه على الإنكاح من غير كفاء وجد الصارف عنه ، وهو لحوق الضرر بنسبة من لا يكافئهم بالصهرية . وإذا وجد الصارف فالظاهر أنه لا يقدم عليه إلا لتحصيل مصلحة لا يتم إلا به ، لأن المصلحة لو أمكن استيفاؤها بدون تحمل الضرر ، لما تحمل الضرر .

فإن قيل : إقدامه على الإنكاح إن كان يدل على تعلق المصلحة بالنكاح ، فإبقاء الباقيين يدل على عدم التعلق ، فوقع التعارض ، فلم يثبت التعلق .

ولكن سلمنا أن إقدامه يدل على تعلق المصلحة ، ولكن مصلحة ترجع إلى المرأة وإلى هذا الولي أم مصلحة ترجع إلى سائر الأولياء ؟ م ع . ونحن لا نثبت حق الفسخ

(١) في الأصل : « يحتمل يحتمل » أى أن الكلمة مكررة فيه .

لحقها ، بل لحقهم جميعاً . وصار هذا كما إذا زوجت نفسها من غير كفاء ، فإنه يثبت للأولياء حق الفسخ والاعتراض ، لما / ذكرنا - كذلك ههنا .

٢/٢٦

الجواب :

أما إباء الباقيين فلا يصلح معارضاً ، لأن النفع للمرأة في النكاح أبلغ ، لأن نفعها في النكاح راجع إلى مصلحة البقاء من التوالد والتناسل والسكن والازدواج ، فإن الولد يتعلق به بقاء المرأة^(١) وإنه يحتاج إلى شقيق يقوم بتصرفه لدفع القاصد عنه ، فيحتاج إلى الولد ليدفع الهلاك عنه ، فكانت مصلحتها البقاء ومصلحة الأولياء مصلحة زائدة ، فكان [ت] مصلحتها راجحة ، لأن مصلحة البقاء مما لا يختلف أحوال العقلاء فيه ، وهذه المصلحة تختلف باختلاف الناس ، فكان تحمل ضرر الأولياء لدفع هذا الضرر أولى من القلب^(٢) والعكس .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه ، لأن العقد ثابت ، وقد وقع الشك في دفعه ، فلا يرتفع بالشك . بخلاف ما إذا زوجت نفسها من غير كفاء ، لأن عقلها وحدها دون عقل الرجل ، فإن المصلحة هناك في النكاح وإن كانت مصلحة البقاء ، لكنها عرفت^(٣) برأى النساء دون الرجال ، فيترجح ضرر الأولياء ، أما ههنا [ف] بخلافه^(٤) .

(١) في الأصل كذا : « بها بقا المر » ..

(٢) قلب الشيء قلباً جعل أعلاه أسفله أو يمينه شماله أو باطنه ظاهره .

انظر السمرقندى ، ميزان الأصول ، ٧٧١ - ٧٧٢ فقيه مختصراً : « وأما المعارضة التى فيها مناقضة فهى القلب وهو نوعان : أحدهما - أن يجعل العلة معلولاً والمعلول علة كقولنا فى الثيب الصغيرة إنه يولى عليها فى ما لها فيولى عليها فى نفسها كما فى البكر الصغيرة - والثانى أن يكون الوصف شاهداً عليك فقلبه وجعلته شاهداً لك وكان ظهره إليك فصار وجهه إليك ... » وانظر فى بيان ذلك بالتفصيل : المقدمة (رابعاً) ص ٥٥ .

(٣) فى الأصل كذا : « لكنه عرف » .

(٤) فى الهامش أمامها كلمة يظهر أنها « قويل » فتكون العبارة إذن : « قويل بخلافه » .

٣٢ - مسألة : أقرب الأولياء إذا غاب غيبة منقطعة ، تثبت للأبعد ولاية التزويج .

والوجه فيه - أن النكاح عقد مصلحة في حقها ، فوجب أن لا يتوقف نفاذه على حضور الأقرب ، قياساً على الولي الأقرب .

وإنما قلنا إن النكاح عقد مصلحة - لما فيه من مصلحة التوالد وغيره ، فلو توقف على حضور الأقرب تفوت هذه المصالح ، في هذا الزمان ، عنها ، وإنه ضرر .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح لو توقف على حضور الأقرب ، تفوت هذه المصالح في هذا الزمان - قلنا : هذا أولاً يشكل بما إذا نام الأقرب أو أغمى عليه / ، فإنه لا تثبت الولاية للأبعد ، لما ذكرنا - كذلك ههنا .

ولئن سلمنا أنه تفوت هذه المصالح ، ولكن إلى مصلحة فوقها ، وهو إنكاح الأقرب ، لما فيه من زيادة النظر .

ولئن سلمنا أن إنكاح الأقرب متعذر ، ولكن متى تفوت هذه المصلحة : إذا أمكن تحصيلها بغير الأبعد أم إذا لم يمكن ؟ ع م . وقد أمكن تحصيلها بغير الأبعد ، وهو القاضي ، فلا حاجة إلى الأبعد .

الجواب :

أما إذا نام الأقرب أو أغمى عليه - فنقول : زوال النوم والإغماء غالب ، والانتظار إلى زوالهما من الخطاب غالب ، أما ههنا [ف] بخلافه .

وأما قوله بأنه يفوت إلى مصلحة فوقها ، وهو إنكاح الأقرب - قلنا : بلى ، ولكن ضرر فوت الكفء الحاضر أكثر وأولى بالدفع ، فلا يصلح ذلك معارضاً .

وأما القاضي - قلنا : إقامة الأبعد مقام الأقرب أولى من إقامة القاضي ، لأنه أشفق وأعلم بحالها .

والله أعلم .

٣٣ - مسألة : المولى يملك إجبار عبده على النكاح .

والوجه فيه - أن ملك العبد إنما شرع للانتفاع به ، فوجب أن يكون بسبيل من استيفائه ، تحصيلاً لمصلحة الانتفاع ، والإنكاح طريق للاستيفاء ، فوجب أن يجوز ، قياساً على إنكاح الأمة .

وإنما قلنا : إن ملك العبد إنما شرع للانتفاع به ، فلمكان المناسبة .

وإنما قلنا : إنه يجب أن يكون بسبيل من استيفائه ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستيفائه .

وإنما قلنا إن الإنكاح طريق الاستيفاء ، وذلك لأن الاستيفاء إنما يكون بالصيانة له عن أسباب الهلاك ، لأن الشيء متى صين عن أسباب الهلاك ، يبقى ظاهراً وغالباً . / ٢/٢٧ والنكاح طريق الصيانة عن أسباب الهلاك أو النقصان ، لأن الشهوة المركبة في العبد تدعوه إلى قضاء الشهوة ، فإذا لم يجد الحلال فرمى يقع في الحرام وهو الزنا ، وإنه سبب الهلاك في الدنيا والآخرة أو سبب لنقصان مالية العبد ، لإقامة الحد عليه ، فكان النكاح صائناً له فكان استيفاء .

فإن قيل : قولكم بأن الزنا سبب الهلاك أو النقصان - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن زنا العبد لا يوجب الرجم ، بل يوجب نصف جلدات الأحرار ، وهذا لا يهلك العبد ولا ينتقص ماليته ، حتى لو اشترى عبداً فوجده زانياً لم يرد به بالعيب . وكذلك المولى لا يملك إقامة الحد على مملوكه عندهم ، ولو كان الزنا سبب الهلاك لملك صيانةً للملكه .

ولئن سلمنا أن الزنا سبب الهلاك ، ولكن لم قلتم بأن النكاح طريق الصيانة ، وإنما يكون طريق الصيانة إذا أقدم على وطئها ، وأنه قد أقدم على رد هذا النكاح - فدل أنه لا يرضاها فلا يطؤها ، فلا يقع صوتاً له .

ولئن سلمنا أن النكاح طريق الصيانة ، ولكن صيانة الملك أمر شرع النكاح له أم لا ؟ ع م . وهذا لأن النكاح شرع للسكن والازدواج وقضاء الشهوة والتوالد ، لا لتحسين المال ، فلا يثبت ولاية الإنكاح لهذا الغرض .

ولئن سلمنا أنه يجوز إثبات الولاية لتحصيل غرض لم يشرع النكاح له ، ولكن لم قلتم بأنه أمكن تحصيل هذا الغرض ، وهذا لأن العبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال ، لا من حيث إنه آدمي . ولهذا لا يملك المولى منعه من الفرائض ، ولو أقر على نفسه بالحدود والقصاص يصح . ولو أقر المولى عليه لا يصح ، والنكاح تصرف يختص بالآدمية لا بالمالية ، ولأن منافع النكاح للعبد / ومضاره عليه ، والمرء لا يتمكن من صيانة ملكه لإثبات الحكم على غير المالك ولغير المالك ، بخلاف إنكاح الأمة ، ولأن الإنكاح يناق مملوكية العبد ، لأن فيه إثبات الولاية للعبد ، وصار هذا كإنكاح المكاتب ، فإنه لا يملكه مع ما ذكرتم .

الجواب :

أما قوله بأن زنا العبد لا يوجب الرجم - قلنا : بلى ، ولكن إذا لم يشبع من الحلال يعتاد الزنا ، وإنه عيب ، حتى لو اشترى عبداً فوجده معتادا للزنا ، فله أن يرده بالعيب . وكذا إقامة الحد عيب ، حتى لو اشترى عبداً قد زنى وأقيم عليه الحد ، له أن يرده بالعيب . فثبت أن الزنا سبب لنقصان الملك ، والنكاح طريق للصيانة ، فيملكه المولى .

وإنما لا يملك إقامة الحد على مملوكة ، لأن شفقتة على ملكه تمنعه من إقامة الحد على وجهه ، أما ههنا بخلافه .

وأما إباء العبد ورده للنكاح - قلنا : الشهوة المركبة فيه تدعوه إلى قضائها خصوصاً إذا وجد بطريق الحلال ، وإبائه يحتمل (١) أنه أقدم لعدم الموافقة أو لرجاء الوصول إلى امرأة خير منها أو خوفاً من المهر والنفقة ، والمحتمل لا يعارض المحكم .

قوله : صيانة الملك أمر شرع له النكاح أم لا ؟ قلنا : شرع له نكاح العبيد إن لم يشرع له نكاح الأحرار ، لأنه مناسب ، والشرع ورد به في الأمة ، والغرض من إدخاله تحت ولاية المولى هو صيانة الملك كما في الأمة .

قوله بأن العبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال ، لا من حيث إنه آدمى - قلنا : بعض العلماء قالوا : العبد داخل تحت ملك المولى مطلقا بالنص ، وهو قوله تعالى : ﴿ عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدَرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾ (١) ولكننا نقول : العبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال ، ولكن لا تحصل المالية إلا بالصيانة ، والنكاح من أسباب الصيانة ، فيتمكن المولى من ذلك ، كما في الأمة .

٢/٢٨

قوله : بأن ملك المحل يفيد (٢) ولاية الصيانة بتصرف يثبت حكمه للمالك وعليه - قلنا : عنه جوابان : أحدهما - أن ملك المحل يفيد ولاية الصيانة بأى طريق يتمكن منه استيفاء للملكه . والثانى - وهو أن إنكاح العبد يفيد حكما للمولى وعلى المولى : أما له فصيانة ملكه ، وأما عليه فشغل رقبة العبد بالمهر والنفقة .

قوله بأن الملك يفيد تصرفاً يقرر المملوكية ، والإنكاح ينافى مملوكية العبد - قلنا : بلى . وإنه يقرر مملوكية العبد من حيث إنه مجبور فى ذلك ، والمولى باشر هذا التصرف من غير رضاه ، صيانة للملكه ، كما فى الأمة .
والله أعلم .

٣٤ - مسألة : العجز عن الإنفاق لا يوجب حق المطالبة بالتفريق .

والوجه فيه - أن العجز عن الإنفاق لا يخل بالمصالح المطلوبة من النكاح - فلا يوجب حق المطالبة بالتفريق ، قياساً على العجز عن المهر بعد تسليم النفس .

وإنما قلنا ذلك - لأن المصالح المطلوبة من النكاح هى التوالد والتناسل وقضاء الشهوة والسكن والازدواج ، وهذه المصالح لا تختل بالعجز عن الإنفاق ، لأن ذلك يمتنى على إمكان الوطاء ، والعجز عن الإنفاق لا يخل بإمكان الوطاء .

(١) النحل : ٧٥ - ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدَرُ عَلَى شَيْءٍ .. ﴾ .

(٢) هذه الكلمة غير واضحة هنا وسترده فيما بعد واضحة .

فإن قيل : قولكم بأن المصالح المطلوبة من النكاح هي التوالد وغيره - قلنا : هذه كل المصالح أم بعضها ؟ ع م - وهذا لأن المهر والنفقة مقصود للمرأة من النكاح لحاجتها إليها ، وعجزها عن الكسب ، والعجز يخل بهذا المقصود .

ولكن سلمنا أنها كل المصالح ، ولكن لم قلتم بأنها لا تختل بالعجز ؟ - بيانه : أن هذه المصالح ^(١) إنما تحصل بالدوام على النكاح والتمكين / من الوطء وذلك بالبقاء ، والبقاء بالنفقة . فإذا عجز عن ذلك يخل البقاء فيختل المقصود .

ولكن سلمنا أن العجز عن الإنفاق لا يخل بهذه المصالح ، ولكن النفقة مستحقة بعقد النكاح بالإجماع ، والعجز عن المستحق يوجب المطالبة بالتفريق .

ولكن سلمنا أن العجز عن الإنفاق لا يخل بالمصالح ولكن ^(٢) لم قلتم بأنه لا يثبت حق المطالبة ؟ غاية ما في الباب أن فيه إبطال حق الزواج وأنه ضرر ، ولكن في المنع من الإبطال إضرار بالمرأة ^(٣) ، وصار هذا كما إذا عجز المولى عن الإنفاق على عبده الصغير أو أمته : يجبر على البيع . وإن عجز البائع عن تسليم المبيع يثبت للمشتري حق الفسخ .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ ^(٤) وقد تعذر أحدهما فیتعين الآخر .

الجواب :

قوله : هذه كل المصالح أم بعضها ؟ قلنا : كل المقاصد المطلوبة من النكاح ، لأن المقصود الأصل بالنكاح مالا وجود للنكاح بدونه ، ولا وجود للنكاح بدون هذه المصالح ، وله وجود بدون النفقة ابتداء وبقاء .

(١) في الأصل كذا : « المصالحه » .

(٢) في الأصل كذا : « ولین » . والصحيح ما أثبتناه في المتن ، استرشاداً بما درج عليه المؤلف في المواضع الأخرى المشابهة .

(٣) في الأصل كذا : « بالمره » .

(٤) البقرة : ٢٢٩ - ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ... ﴾

قوله : بأن البقاء بالنفقة - قلنا : بلى ، والقدرة على النفقة حاصلة في الجملة ، لأنه يمكنها أن ترفع الأمر إلى القاضى حتى يفرض النفقة على الزوج أو تستقرض هى عليه ، فيحصل البقاء .

قوله : النفقة مستحقة بعقد النكاح - قلنا : بلى ، ولكن القدرة عليها حاصلة في الجملة ، كما بينا . وإن لم تكن حاصلة في الحال ، فلا توجب إبطال حق الزوج .

قوله بأن ضرر الزوج معارض بضر المرأة - قلنا : لا يعارضه ، لأن ضررها يمكن تداركه في الثانى ، بأن يكتسب الزوج أو يستقرض ، وحق الزوج يفوت أصلاً ، فكان الترجيح لضرر الزوج .

٢/٢٩ وأما نفقة المملوك فلا ترد نقضاً^(١) / ، لأن نفقة المملوك لا تصير ديناً في ذمة المالك ، وفي الجبر على البيع تقويت حق المالك إلى عوض - أما ههنا بخلافه :

وأما مسألة الشراء - قلنا : ثم فأت كل المقصود بالعقد وهو المبيع^(٢) - أما ههنا بخلافه ، لما ذكرنا .

وأما النص - قلنا : الجواب عن الاستدلال به من وجهين .

أحدهما - لا نسلم أنه عجز عن الإمساك بالمعروف ، لأن الإمساك بالمعروف كما يكون بإيفاء حقها في الحال ، يكون بالوعد باللسان كما في الإيلاء^(٣) .

(١) في الهامش وردت كلمة تشبه أن تكون « نقضاً » ولم يشر إلى موضعها . ونونها غير ظاهرة - قال الجرجاني في تعريفاته : « النقض لغة هو الكسر ، وفي الاصطلاح هو بيان تخلف الحكم المدعى ثبوته أو نفيه عن دليل المعلن الدال عليه في بعض من الصور فإن وقع بمنع شيء من مقدمات الدليل على الإجمال ، سمي « نقضاً إجمالياً » لأن حاصله يرجع إلى منع شيء من مقدمات الدليل على الإجمال . وإن وقع بالمنع المجرد أو مع السند سمي « نقضاً تفصيلياً » لأنه منع مقدمة معينة » وقال أيضاً : « النقض وجود العلة بلا حكم » . وانظر : السمرقندى ، الميزان ، ص ٧٧٠ .

(٢) في الأصل : « البيع » .

(٣) راجع : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٠٥ وما بعدها .

والثاني - سلمنا أنه عجز عن الإمساك بالمعروف ، ولكن إنما يجب عليه التسريح بالإحسان إذا قدر عليه ، ولم يقدر عليه ، لأن التسريح بالإحسان بإيفاء المهر والنفقة ، وهو عاجز عنهما .
والله أعلم .

٣٥ - مسألة : إذا سُبِيَ (١) الزوجان معاً ، لا تقع الفرقة بينهما .

والوجه فيه - أن ملك النكاح لو زال بالسبي لا يخلو : إما أن يكون الزوال حكماً للسبي قصداً وابتداءً ، أو بملكه عليه .

لا وجه للأول - لأن الحكم المقصود بالسبي هو ثبوت الملك للسبي ، لا زوال ملك النكاح .

ولا وجه للثاني - لأن زوال ملك النكاح ليس من لوازم الحكم الأصلي للسبي ، بدليل أنها لو كانت منكوحة لمسلم أو ذمي لا يزول ملك النكاح .

فإن قيل : قولكم إن ملك النكاح لو زال بالسبي لا يخلو : إما أن يزول حكماً للسبي قصداً وابتداءً ، أو بناء - قلنا : لم قلتم بأنه لا يزول حكماً للسبي قصداً ؟ وهذا لأن السبي ينشأ عن الأسر والاسترقاق ، وذلك ينشأ عن الضعف والعجز ، وملك النكاح عبارة عن القدرة والقوة ، فإثبات الضعف يكون مقتضى السبي مقصوداً .

ولئن سلمنا أن ملك النكاح لا يزول بالسبي قصداً وابتداءً - [ف] لم قلتم بأنه لا يزول بناء ؟ .

قوله : ليس ذلك من لوازمه - قلنا : لا نسلم .

وأما ما ذكر من نكاح المسلم والذمي / - قلنا : امتنع ثبوته ثمة لمانع ، وهو عصمة ملك المسلم والذمي ، أما ههنا بخلافه .

(١) السبي والسبأ الأسر وقد سبى العدو أسرته - مختار الصحاح .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٦)

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أن ملك النكاح لا يزول ، ولكن هنا دليل آخر يأتي ذلك ، وذلك لأن ملك الرقبة ثبت بالسبي ، ومن لوازم ملك الرقبة ولاية الإنكاح ممن شاء ، ولا يملك ذلك إلا بزوال ملك النكاح . ولأن ملك الرقبة علة للملك المتعة . وإذا ثبت ملك المتعة للسبي يزول ملك الزوج ، لاستحالة ثبوته للشخصين في حالة واحدة ، وصار كما إذا سببت المرأة وحدها ، وكما لو سبي منكوحة نفسه ، فإنه يزول ملك النكاح .

ثم هذا معارض بما روى أبو سعيد الخدري قال : لما سبى رسول الله ﷺ أهل أوطاس قلنا : يارسول الله كيف نقع على نساء قد عرفنا أنسابهن وأزواجهن ؟ فنزل قوله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ (١) وكان في سبى أوطاس (٢) خلق وقع السبي عليهم مع نسائهم ونادى منادى رسول الله ﷺ : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل » (٣) حتى تحيض » - فأباح وطأهن بعد الاستبراء لانفساخ نكاحهن .

الجواب :

قوله بأن السبي ينشأ عن الأسر والاسترقاق - قلنا : بلى ، ولكن بطريق الضرورة ، لأن الدليل ينفي الاسترقاق ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، والضرورة في حق ثبوت الملك لا في غيره .

(١) النساء : ٢٣ - ٢٤ : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ... وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كَتَبَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ انك ﴾ .

(٢ - ٣) عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين جيشاً إلى أوطاس فلحقوا عدوهم فقاتلوهم فظفروا عليهم وأصابوا لهم سبايا - انظر الشوكاني ، فتح القدير ، ١ : ٤٥٤ في تفسير قوله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ - الآية ﴾ . وابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٩٥٩ ص ١٧٣ - ١٧٤ . والصنعاني ، سبل السلام ، رقم ١٠٥٤ ص ١١٤٥ - ١١٤٧ . وفيه أن أوطاس اسم في ديار هوازن وهو موضع حرب حنين . وقيل : وادى أوطاس غير وادى حنين . والحائل كل أنثى لا تحبل - المعجم الوسيط .

وأما قوله : لم يزول بناء - قلنا : لما ذكرنا من الحكم .

قوله : امتنع ثبوته ثمة لمانع وهو العصمة - قلنا : ملك نكاح المسلم وإن كان معصوماً ، ولكنه يقبل الزوال بأسباب نحو الطلاق وغيره . فلو كان زوال ملك النكاح من لوازم حكم السبي ، لزال وما صار [ت] عصمة الزوج مانعة - ألا ترى أن ملك المسلم في العبد المشترك معصوم ، ومع هذا يزول بإعتاق / الشريك ^(١) ، ومتى لم يزل علم أنه ليس من لوازمه .

قوله : من لوازم ملك الرقبة ولاية الإنكاح - قلنا : ولاية الإنكاح إنما تثبت صيانة للملك على ما مر ، ولا حاجة ههنا إلى الصيانة ، لكونه مصوناً بالنكاح .

قوله : ملك الرقبة علة للملك المتعة - قلنا : نعم إذا كان المحل قابلاً ، أما ^(٢) إذا لم يكن قابلاً فلا - ألا ترى أن ملك الرقبة ثابت في العبد ، ولا يثبت ملك المتعة . وكذا لو اشترى منكوحة غيره من مولاها ، يثبت ملك الرقبة ولا يثبت ملك المتعة لقيام المانع - كذا ههنا .

وأما إذا سُبِّت المرأة وحدها ، تقع الفرقة بتباين الدارين ، وخرج النكاح من أن يكون مفيداً .

(١) قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٣٨٨ - ٣٩٠ : « .. الإعتاق بين الشريكين أو الشركاء . والأصل فيه أن الإعتاق يتجزأ عند أي خنيفة رحمه الله . وعن أبي يوسف ومحمد : لا يتجزأ . وقال الشافعي : في حالة اليسار لا يتجزأ وفي حالة الإعسار يتجزأ . فيخرج المسائل على هذا :

— إذا أعتق الرجل عبداً بينه وبين شريكه : عتق نصيبه لا غير ، سواء كان موسراً أو معسراً ، ولشريك المعتق خمس خيارات : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء دبره ، وإن شاء كاتبه ، وإن شاء استساعه . وإن شاء ضمن المعتق إن كان موسراً ...

وقال الشافعي : إن كان المعتق موسراً : يعتق كله وله أن يضمه . وإن كان معسراً : يعتق ما أعتق ويبقى الباقي رقيقاً . ويجوز فيه جميع التصرفات المزية للملك في نصيبه » .

(٢) في الأصل : « أم » .

وأما إذا سبى منكوحته [ف] إنما يرتفع النكاح ، لأن بين ملك النكاح وملك الميكن لشخص واحد تناف في الأحكام ، لا بعلقة السبى - دل عليه أنه لو اشترى منكوحة نفسه تقع الفقرة ، ولو اشترى الزوجين معاً لا تقع الفقرة ، لما ذكرنا - كذا هنا .

وأما الآية - [ف] عام خص منها البعض ، وهو ما إذا سبى وزوجها مسلم أو ذمى ، وسبايا أوطاس سبين وحدهن^(١) ، لأن الرجال كانوا خرجوا للقتال وخلفوا النساء والذراري في الحصن ، فانهزم المحاربون واستولى رسول الله ﷺ على الحصن .

٣٦ - مسألة : المنكوحة لا ترد بالعيوب الخمسة وهي الرتق^(٢) والقرن^(٣) والبصر^(٤) والجذام^(٥) والجنون .

والوجه فيه - أن حق الرد وإعادة المهر إلى ملك الزوج لو ثبت لا يخلو : إما^(٦) أن يثبت ابتداء أو بناء على استدراك الخلل المتمكن في المستحق بهذا العقد عوضاً عن المهر .

لا وجه للأول - لأن فيه إبطال حق المرأة عن المهر وإنه ضرر بها .

ولا وجه للثاني - لأن سلامة العوض تقف على إمكان استيفاء العوض ، لا على استيفاء حقيقته ، لأن ذلك يتعلق باختيار العاقد وقد يختار وقد لا / يختار ، كما في البيع

١/٣١

(١) في الأصل : « وحدها » - راجع فيما تقدم الهامش ٢ - ٣ ص ٨٢ .

(٢) رَتِقَ الشيءُ انسَدَ والتَّامَ والمرأة رَتَقَاءُ انسَدَتْ فلا تُؤْتَى (المعجم الوسيط) - إذا لم يكن لها خرق إلا المبال (المغرب) .

(٣) الْقَرْنُ في الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحمة مؤنفة أو عظم وامرأة قرناء بها ذلك (المغرب) .

(٤) الْبَصَرُ بياض يقع في الجسد لعله - المعجم الوسيط .

(٥) الْجَذَامُ علة تتأكل منها الأعضاء وتتساقط - المعجم الوسيط (وانظر السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣٣٥ وما بعدها) .

(٦) في الأصل : « إما إما » .

وسائر المعاوضات ، وإمكان الاستيفاء ثابت ههنا ، لإمكان الوطاء في بعضها بغير واسطة ، وفي بعضها بواسطة إزالة المانع ، فوجب أن لا يثبت حق الرد ، قياساً على الجرباء والشوهاء والعجوز التي لا تشتهى .

فإن قيل : قولكم بأن في الرد إبطال حق المرأة ، وإنه إضرار بها - قلنا : لا نسلم ، بل هو دفع الضرر عنها ، لأن النكاح تصرف إضرار بها ، لما فيه من إثبات الملك والرق عليها ، إلا إذا كان وسيلة إلى المصالح المطلوبة من النكاح ، فإذا احتلت المصالح لمكان النفرة ، بقي ضرراً وكان الفسخ دفعاً للضرر عنها .

ولئن سلمنا أن فوات ملكها في المهر ضرر بها ، ولكن إلى عوض وهو ملك نفسها ، فلا يكون ضرراً .

ولئن سلمنا أن حق الرد والفسخ لا يثبت ابتداء ، فلم قلتم بأنه لا يثبت بناء ؟ .

قوله : بأن المستحق ملك الوطاء - قلنا : لا نسلم ، بل المستحق ملك منافع بضعتها ، ولا يمكن الاستمتاع واستيفاء المنافع لمكان العيوب المنفرة له .

ولئن سلمنا أن هذه العيوب لا تخل بإمكان الوطاء والاستمتاع ، ولكن لم قلتم بأنها لا تخل بالمصالح المطلوبة من النكاح ؟ - وهذا لأن هذه العيوب تمنع كون النكاح وسيلة إلى المقاصد المطلوبة ، لأن بعضها مانع من حقيقة الوطاء حساً وبعضها طبعاً ، فصار كما إذا وجدت المرأة زوجها عنيماً أو مجبواً ، فإنها تمكن من الفسخ ، وإن كان لا يمتنع كل المقاصد لقيام السكن والازدواج واحتمال إمكان^(١) الوطاء ، وصار كما إذا وجدت بالمهر عيباً : يثبت لها حق الرد - فكذا إذا وجد الزوج بها عيباً ، تسوية بين العوضين .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « فر من المجذوم فرارك من الأسد » . وبما روى أنه عليه السلام تزوج امرأة فوجد على كشحها بياض فردها^(٢) .

(١) في الهامش هذه الكلمة وتشبه أن تكون « مكان » وهي غير ظاهرة .

(٢) في بلوغ المرام ، رقم ٨٦١ ص ١٥٥ : « وعن زيد بن كعب بن عُجْرَةَ عن أبيه رضى الله عنه قال : تزوج رسول الله ﷺ العالية من بنى غفار ، فلما دخلت عليه ووضعت ثيابها رأى =

الجواب :

أما قوله بأن الفسخ دافع الضرر عنها - قلنا : إن كان الضرر ضرر ملك النكاح ، فهذا / الضرر يدفع عنها بدون إزالة ملكها عن المهر ، بأن يطلقها ، فلا حاجة إلى تحمل هذا الضرر .

٢/٣٦

قوله : يفوت حقها إلى عوض - قلنا : إنما يخرج عن أن يكون ضرراً إذا كان عوضاً بترضيها ، وهي لا ترضى ، فيكون ضرراً .

قوله : بأن المستحق منافع بضعتها - قلنا : المستحق هو الوطاء وإنه ممكن ، إما بغير واسطة أو بواسطة ، وذلك يكفي للقدرة على الاستيفاء ، كما إذا كانت صغيرة أو مريضة ، لا يثبت له حق الرد - كذا ههنا .

وأما المانع الطبعي ، [ف] لا أثر له في العجز ، بل أثره في الامتناع مع قدرته واختياره ، وهذا لا يوجب حق الرد ، كما إذا وجدها شوهاء أو عجوزة لا تشتهى .

وأما المرأة إذا وجدت زوجها مجبواً أو عنيماً ، إنما يثبت حق التفريق لوقوع الخلل في المستحق بالعقد ، لأن إمكان الوطاء ليس بثابت : أما في المحبوب فظاهر ، وفي العين يؤجل سنة وبعد السنة يثبت حق التفريق ، لمكان العجز عن الوطاء ، أما ههنا بخلافه .

وأما المرأة إذا وجدت بالمهر عيباً إنما يثبت لها حق الرد ، لتمكن الخلل في المستحق ، لأن المستحق في جانب المهر المالية ، وهي تختل بالعيب ، أما ههنا بخلافه .

وأما الحديث - قلنا : هذا أمر إباحة لا أمر نذب وإيجاب ، فلا يوجب الرد .

وأما الحديث الثاني - قلنا : يحتمل أنه ردها بطريق الفسخ ، ويحتمل أنه ردها بطريق الطلاق ، فلا يكون حجة .

= بكششها (ما بين الحاصرة إلى الضلع) بياضاً فقال : « البنى ثيابك والحقى بأهلك » وأمر لها بالصدق . رواه الحاكم وفي إسناده جميل بن زيد وهو مجهول واختلف عليه في شيخه ، اختلافاً كثيراً - ولعل الأيسر في المتن أن يقال : « فوجد على كششها بياضاً » .

٣٧ - مسألة : طَوْلُ (١) الحرة لا يمنع نكاح الأمة ، خلافاً له (٢) .

وأجمعوا على أن نكاح الأمة لا يمنع نكاح الحرة . وأجمعوا على أن نكاح الحرة يمنع نكاح الأمة (٣) .

والوجه فيه - أن العجز عن مهر الحرة لا يقف عليه ركن نكاح الأمة ، ولا استيفاء (٤) المصلحة المطلوبة من نكاح الأمة ، فلا يقف عليه صحة نكاح الأمة ، قياساً على نكاح الحرة .

وإنما قلنا ذلك - لأن ركن النكاح قَوْلهما « زوجت - وتزوجت » وهذا لا يقف على العجز / عن مهر الحرة ، والمصلحة المطلوبة من نكاح الأمة هي السكن والازدواج والتوالد ١/٣٢ والتناسل وقضاء الشهوة ، ولا يقف ذلك أيضاً على العجز عن نكاح الحرة ، فلو توقف عليه صحة نكاح الأمة يؤدي إلى المنع من تحصيل هذه المقاصد فيكون ضرراً .

فإن قيل : قولكم بأن ركن النكاح قَوْلهما « زوجت - وتزوجت » - قلنا : [هل] ركن النكاح مجرد هذه الصيغة أم إذا وقعت مقتضية للحل ؟ ع (٥) ولا يمكن دعواه لأن هذه الصيغة إذا وجدت من الطفل والمجنون لا يكون نكاحاً م (٦) .

(١) الطول اليسر والسعة - قال تعالى : ﴿ ومن لم يستطع منكم طَوْلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ... ﴾ النساء : ٢٥ - أى من لم يكن له سعة أن ينكح الحرائر فلينكح من إماء المؤمنين يعنى عفائف غير زواني في سر ولا علانية .. الخ (الشوكاني ، فتح القدير ، ١ : ٤٥٥) .

(٢) قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ١٩٠ : « إذا كان قادراً على مهر الحرة ونفقتها ، جاز له أن يتزوج الأمة عندنا . وعند الشافعي لا يجوز » .

(٣) انظر المرجع السابق ، ٢ : ١٨٩ - ١٩٠ .

(٤) في الأصل كذا : « استيقاً » - انظر العبارة التالية .

(٥) في الهامش : وعلامة « العين » معناه : والأول ممنوع .

(٦) في الهامش ، وعلامة « الميم » معناه : ولئن سلمنا .

ولكن لم قلت بأن وقوعها ، مقتضياً للحل في الأمة ، لا يقف على العجز عن طول الحرية ؟ .

بيانه - وهو أن هذه الصيغة إنما تقع مقتضية للحل في محل قابل ، والكلام فيه في هذه الحالة . وهذا لأن الدليل ينفي كونها محلاً للنكاح في حق الحر في جميع الأحوال ، لأن التزويج يقضى^(١) [ب -] التساوى بين الزوجين ، كزوجي الباب وزوجي الخف والمقراض^(٢) ، ولا مساواة بينهما لمكان الحسة في الإماء ونقصان معنى الآدمية والالتحاق بالبهائم في التعرض للبيع والشراء وجعل الولد مملوكاً للغير ، إلا أنا توافقنا على جعلها محلاً عند عدم طول الحرية ، ضرورة صيانة النفس عن الزنا ، فقيماً عداه متمسك بقضية الدليل .

ولئن سلمنا أنه لا يقف عليه ركن النكاح على العجز - ولكن لم قلت بأنه لا يقف عليه استيفاء^(٣) هذه المصالح ، وبيان أنه يقف ، لأن معظم المصالح إنما هو الولد ، والولد من الأمة يكون مرقوقاً ، والمرقوق ملحق بالبهائم .

ولئن سلمنا أن العجز لا يقف عليه ركن النكاح ولا استيفاء^(٤) المصالح ، ولكن لم لا يقف عليه جواز النكاح . وظاهر أنه يقف ، لقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمَنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَيَاتِكُمُ الْمُؤْمَنَاتِ ﴾^(٥) - والمفهوم من مثل هذا^(٦) الكلام الخلفية^(٧) ، كما في قوله تعالى / : ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً

٢/٣٢

(١) في المعجم الوسيط : قضى عليه وقضى له وقضى بكذا - وفي الهامش عبارة غير مرقوءة .

(٢) المقراض المقص وهو ما يقرض به الثوب أو غيره . وهما مقراضان . والجمع مقاريض - المعجم الوسيط .

(٣ - ٤) في الأصل كذا : « استبقا » .

(٥) النساء : ٢٥ - وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٨٧ .

(٦) في الأصل كذا : « هذ » .

(٧) الظاهر أن المقصود الخلافة أى جاء بعده فصار مكانه - المعجم الوسيط .

فَتَيْمَمُوا صَعِيداً طَيِّباً ﴿١﴾ فلا يجوز تحف مع القدرة على الأصل هـ .

الجواب :

قوله بأن هذه الصيغة إنما تكون ركناً للنكاح إذا أضيف إلى محل قابل - قلنا : بلى ، والأمة محل قابل للنكاح ، لما ذكرنا من صلاحية التوالد والتناسل وغيرها .

قوله : بأن التزويج يقتضى التساوى - قلنا : التساوى ثابت بينهما فيما يرجع إلى الأحكام المطلوبة من النكاح ، والتفاوت في شرف الحرية لا يمنع ذلك .

وأما إرقاق الولد - قلنا : ذلك لا يمنع الجواز ، لأنه يختلف باختلاف الأشخاص . والدليل عليه حالة عدم طول الحرية .

ومنه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه .

وأما النص - قلنا : الجواب عنه أن هذا لا يقتضى توقيف نكاح الأمة على عدم طول الحرية أصلاً ، فإن هذا تعليق الحكم بالشرط ، وإنه لا يقتضى عدمه عند عدم الشرط . وفيما ذكر من النظر ما علم (٢) استباحة الثانى بنفى الأول بقضية التعليق بل بدليل آخر .

قوله - بأن نكاح الأمة خلف عن نكاح الحرية - قلنا : لا نسلم : وظاهر أنه ليس بخلف ، بدليل أنه يجوز الجمع بينهما ، بأن تزوج حرة على أمة ، بالإجماع ، والجمع بين الأصل والخلف لا يجوز أصلاً ورأساً .

٣٨ - مسألة : النكاح ينعقد بلفظ البيع والهبة .

والوجه فيه - أنه قصد إثبات ملك النكاح بلفظة صالحة للإثبات ، فوجب أن يجوز ، قياساً على لفظة التزويج .

(١) النساء : ٤٣ . المائدة : ٦٦ .

(٢) فى الهامش : « وهو قوله تعالى ... » والعبارة التالية غير مقروءة . ولعله يقصد الآية

المتقدمة فى الهامش ١ ص ٨٧ .

وإنما قلنا ذلك ، لأن لفظة البيع والهبة يصلح مجازاً عن إثبات ملك النكاح لوجود طريق المجاز ، وهو السببية والمسببية ، لأن البيع سبب لملك الرقبة في الجارية ، وملك الرقبة سبب لملك المتعة ، وقد دل الدليل على إرادة المجاز ، وهي المواضعة^(١) في الخطبة وغيرها .

١/٣٣ فإن قيل : قولكم بأن لفظ البيع يصلح مجازاً عن إثبات / ملك النكاح - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن النكاح والتزويج ينبيء عن الضم والتلفيق والبيع والهبة لا يصلح مجازاً عنه^(٢) .

ولئن سلمنا^(٣) ، ولكن لا نسلم أن ملك الرقبة سبب لملك المتعة ، وهذا لأن ملك الرقبة ثابت في البيمة والغلام ، فلو كان سبباً له لما تخلف عنه حكمه .

ولئن سلمنا أن ملك الرقبة سبب لملك المتعة ، ولكن ملك المتعة الثابت بالبيع ليس من جنس ملك المتعة الثابت بالنكاح ، لتفاوت أحكامهما ، فلا يجعل مجازاً عنه . ولئن سلمنا أنه من جنسه ، ولكن متى يجعل مجازاً عنه : إذا اختلفا في الأحكام أم إذا لم يختلفا ؟ ع م .

بيانه - أنا أجمعنا على أن النكاح لا ينعقد بلفظ الإعارة والإجارة والإباحة ، مع أن الإجارة والإعارة لملك المنفعة وفي النكاح ملك المنفعة ، ولكن لما اختلفا في أحكام آخر لم يجعل مجازاً عنه ، كذا ههنا .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أنه صلح مجازاً ، ولكن ههنا دليل آخر يأتي ذلك ، وهو أن لفظة البيع والهبة مما يقع به الطلاق ، فإنه لو قال لامرأته : بعث نفسك منك أو وهبت نفسك منك ، ونوى الطلاق ، يقع ، وإذا وقع به الطلاق لا يقع به النكاح .

(١) في المعجم الوسيط : واضع الرجل مواضعةً ووضعاً وافقه في الأمر ووضع فلاناً الرأي أطلعه هو على رأيه وأطلعه الآخر على رأيه .

(٢) في الهامش : عن الضم والتلفيق . (٣) « ولئن سلمنا » وردت في الهامش .

ولئن سلمنا أن السببية طريق المحار ، ولكن في موضع وجود السبب ، وحقيقة البيع والهبة لا يتصور في الحرة ، فلا يجوز استعمالهما فيها بطريق المجاز .

الجواب :

قوله بأن النكاح ينشئ عن الضم - قلنا : الحكم الأصلي في النكاح ومعظم المطلوب منه هو ملك المتعة^(١) والوطء ، وما سواه تبع .

قوله : لم قلتم بأن ملك الرقبة سبب لملك المتعة - قلنا : لأنه يلزمه^(٢) في محل يقبله ، والملازمة دليل السببية ، وعدم الملازمة في محل غير قابل لا يمنع كونه سبباً - ألا ترى أن البيع والهبة سبب لولاية الإعتاق بواسطة ملك الرقبة في العبد والأمة ، وليس بسبب له في الثوب والدابة ، ولا يوجب قصورا فيهما .

قوله : ملك المتعة الثابت بالبيع ليس من جنس ملك المتعة^(٣) / الثابت بالنكاح ٢/٣٣ - قلنا : ملك المتعة^(٤) عبارة عن معنى شرعي يقتضي حل الاستمتاع والوطء ، وهذا لا يختلف في ذاته باختلاف الأسباب والأحكام .

وأما لفظة الإجارة والإعارة ، فممنوع على رواية الكرخي^(٥) . ولئن سلمنا ،

(١) في الأصل كذا : « النعمة » فقد تكون « الفاء » غائبة فنطلق « المتعة » . وانظر فيما يلي الهامش ٣ و ٤ و ٥ .

(٢) « لأنه يلزمه » غير واضحة في الأصل .

(٣) قد تكون « ملك المتعة » وراجع فيما تقدم الهامش ١ وفيما يلي الهامش ٤ و ٥ .

(٤) قد تكون « المتعة » وسيأتي فيما بعد التعبير بملك المتعة وأن العقود عليه منافع البضع - راجع فيما تقدم الهامش ١ و ٣ .

(٥) قال في التحفة ، ٢ ، ١٧٦ - ١٧٧ : « وعند أصحابنا : لا ينعقد النكاح ، إلا بلفظ موضوع للتملك . ثم اختلف المشايخ : قال عامتهم : لا ينعقد إلا بلفظ موضوع تملك الأعيان كالبيع والهبة - ولا ينعقد بلفظ موضوع تملك المنافع كالإجارة والإعارة . وقال الكرخي : ينعقد =

فالجواب عنه أنها ليست بسبب للملك المتعة^(١) في موضع ما ، فلا يجعل مجازاً عنه .

قوله بأن البيع والهبة يقع بهما الفرقة - قلنا : بلى ، ولكن اللفظة جاز أن تعمل في إثبات الملك في حالة بطريق ، وتعمل في إزالة الملك في حالة أخرى بطريق آخر ، كما في ملك اليمين : فإن لفظ البيع والهبة يثبت بهما ملك اليمين وقد يزول بهما ملك اليمين ، بأن قال لعبده : وهبت نفسك منك أو بعث .

قوله : السببية طريق المجاز في موضع وجود السبب - قلنا : لو فرضنا الكلام في الأمة بأن قال : وهبت أمتي على صداق كذا ونوى النكاح يندفع السؤال .
والله أعلم .

٣٩ - مسألة : نكاح الأخت في عدة الأخت عن طلاق بائن لا يجوز .

والوجه فيه - أن نكاح الأولى قائم من وجه ، فلا يجوز نكاح الثانية ، قياساً على ما بعد الطلاق الرجعي .

وإنما قلنا ذلك - لأن بعض أحكام النكاح قائم ، وهو المنع من الخروج والبروز هـ والتزوج بزواج آخر . وإذا كان نكاح الأولى قائم من وجه ، كانت العلة قائمة من وجه ، والحكم إذا ثبت بعلة لا يزول إلا بزوال تلك العلة احتياطاً .

= بلفظ وضع للتملك مطلقاً ، سواء كان تملك الأعيان أو تملك المنافع حتى ينعقد بلفظ الإجارة والإعارة عنده . والكرخي هو عبيد الله بن الحسين أبو الحسن الكرخي . ولد سنة ٢٦٠ هـ ومات سنة ٣٤٠ هـ وهو منسوب إلى قرية « كرخ » بنواحي العراق . سكن بغداد . وأخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن حماد عن أبي حنيفة وتفقه عليه أبو بكر الرازي أحمد الجصاص وأبو علي أحمد بن محمد الشاشي الفقيه وأبو حامد أحمد الطبري وأبو القاسم علي التنوخي وأبو الحسين القدوري . وله « المختصر » و « شرح الجامع الصغير لمحمد » . و « شرح الجامع الكبير لمحمد » (المكنى) الفوائد ، ص ١٠٨ ، ١٠٩ .

فإن قيل : قولكم بأن بعض أحكام النكاح قائم ، وهو المنع من الخروج والبروز والتزوج - قلنا : لا نسلم بأنها من أحكام النكاح - بيانه : وهو أن هذه الأحكام بعد الطلاق غيرها قبل الطلاق ، لأن الثابت قبل الطلاق كان بحال يسقط بإسقاط الزوج ، وشرع وسيلة إلى استيفاء الوطاء ، وبعد الطلاق لا يسقط بإسقاطه ، ولا يكون وسيلة إلى الوطاء ، فعلم أن الثابت قبل الطلاق قد زال بالطلاق ، وثبت بعد ذلك حقاً للشرع ، فلا يكون حكماً للنكاح .

ولئن سلمنا أنها أحكام النكاح ، ولكن بقاء الحكم لا يدل على بقاء السبب .

ولئن سلمنا أن بقاء / الحكم يدل على بقاء النكاح ، ولكن القاطع للنكاح وهو ١/٣٤ الطلاق الثلاث يوجب انقطاع النكاح من كل وجه ، لأن بقاء الشيء مع القاطع وفي غير محله ، محال .

والدليل على أن النكاح ليس بقائم من وجه ولا من كل وجه ، أنه لو وطئها في هذه الحالة يجب عليه الحد ، فلو كان النكاح قائماً من وجه لأورث شبهة .

الجواب :

قوله : الثابت بعد الطلاق غير الثابت قبله - قلنا : لا نسلم بل عينه ، لأنه شرع لما شرع له الثابت قبله ، وهو وثوق الزوج بالولد لو حصل .

قوله : الثابت بعد الطلاق ليس بحق الزوج - قلنا : ليس كذلك ، بل هو حقه ، وهو عين ذلك ، إلا أنه لا يسقط بإسقاطه ، لتعلق حق الشرع به .

قوله : بقاء الحكم لا يدل على بقاء السبب - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن بقاء الحكم ههنا ثبت مع المنافي ، فلولا السبب لما بقى الحكم عملاً بالمنافي .

قوله : القاطع للنكاح والمبطل للمحلية قد وجد - قلنا : نعم ، ولكن لم يحصل الانقطاع والبطلان في الحال ، بل أخر الشرع عمل الطلاق فيه إلى وقت انقضاء العدة .

وأما فصل وجوب الحد - قلنا : بعض المشايخ منعوا ذلك . والصحيح هو التسليم ، ولكن وجوب الحد يفتقر إلى حرمة الوطء بصفة التمحض ، وذلك يقف على ارتفاع النكاح في حق حل الوطء من كل وجه ، والنكاح ههنا قد ارتفع في حق حل الوطء من كل وجه . أما بقى في حق أحكام آخر - على ما ذكرنا .

٤٠ - مسألة : إذا تزوج امرأة ولم يسم لها مهرأ أو على أن لا مهر لها - يصح النكاح ، ويجب مهر المثل بنفس العقد ، ويتأكد بالخلوة أو الدخول أو الموت . فلو طلقها قبل الدخول ، تجب المتعة دون المهر .

وقال الشافعى : يصح النكاح ولا يجب المهر بنفس العقد ، حتى لا يطالب به ، ولا تملك المرأة حبس نفسها ، ولا يورث بموتها ، ولا يصير ديناً في تركة الزوج بموته ، ولا يثبت لها / حق المطالبة بالفرض في أحد قوليه . وفي أظهر قوليه يثبت لها حق المطالبة بالفرض . فإن دخل بها : يجب مهر المثل في قول ، وفي قول لا يجب .

٢/٣٤

والوجه فيه - أن النكاح لم يشرع إلا معاوضة البضع بالمهر وقد انعقد ، وأفاد الملك في أحد العوضين وهو البضع ، فوجب أن يفيد في العوض الآخر ضرورة .

وإنما قلنا ذلك - لأن في النكاح رقاً وملكاً عليها ، والحرية تنافيه ، إلا أنا توافقنا على تحمل هذا الناق إذا كان العوض مالاً خطراً^(١) ، فقيماً وراءه يتمسك بالدليل الناقى .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح لم يشرع إلا معاوضة - قلنا : لا نسلم بأن النكاح عقد معاوضة ، بل النكاح ضم والتزويج تليفق^(٢) . ولئن سلمنا أن النكاح معاوضة ، ولكن معاوضة النفس بالنفس ، لا معاوضة البضع بالمهر .

(١) في المعجم الوسيط : الخطر العوض والنصيب والمثيل في الشرف والرفعة وفي حديث عمر في قسمة وادى القرى : « وكان لعثمان فيه خطر ولعبد الرحمن خطر » .

(٢) لَفَّقَ وَلَفَّقَ الشفتين ضم إحداهما إلى الأخرى . ومنه أخذ التليفق في المسائل - المعجم الوسيط .

ولئن سلمنا أن قضيته ما ذكرتم : وجوب المهر ، ولكن المرأة هل تتمكن من استيفاء هذا المستحق بالعقد ، أو [أنه] سقط ، كما (١) وجب ، إذا رضيت بالنكاح بدون المهر - وهذا لأنها إذا رضيت بالنكاح بدون المهر صريحاً فقد رضيت بإسقاط حقها ، كما إذا أسقطت : لا تتمكن من الاستيفاء - كذا هنا .

ولكن سلمنا أن ما ذكرتم يقتضى وجوب المهر ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك ، وذلك :

-- أنا أجمعنا على أنه لو طلقها قبل الدخول بها في صورة النزاع لا يجب نصف مهر المثل ، فلو كان واجباً بنفس العقد لوجب نصف المهر كما في المفروض .

- وكذلك لو ماتا معا ، ليس لورثة المرأة ولاية مطالبة ورثة الزوج بالمهر .

ومنها - المولى إذا زوج أمته من عبده ، لا يجب المهر . فلو كان المهر ركناً أصلياً للعقد لوجب .

ومنها - أن الذمى إذا تزوج ذمية بدون المهر لا يجب المهر .

(١) في الأصل : « كما » أو « لما » على ما يظهر - والمعنى واضح وإن كانت العبارة غير سلسة . وسلامة اللفظ سهولته ورقته وانسجامه - المعجم الوسيط . قال في التحفة ، ٢ : ١٩٩ - ٢٠٠ : « إن المهر شرط جواز النكاح - حتى لا يجوز النكاح بدون مهر . حتى إن من تزوج امرأة بغير مهر أو بشرط أن لا مهر لها ، وأجازت المرأة ، فإن النكاح يتعقد ويجب مهر المثل عند أصحابنا . وعند الشافعى : النكاح جائز بغير مهر » . وقال أستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم في كتابه ، أحكام الأحوال الشخصية ، سنة ١٩٢٥ ، ج ١ ، ص ١٠٨ البند ١٦٢ : « ... ويتفرع على ذلك أنها لو تزوجت بدون مهر أو نفت المهر فإنها لا تملك ذلك ، لأنها إنما تملك إسقاط حقها فقط وأما حق الله وحق الأولياء فلا تملك إسقاط شئ منهما ، ولكنها لو أبرأت الزوج من المهر كله أو بعضه بعد تقررهِ في ذمته بالعقد الصحيح أو بالوطء جاز لها ذلك ، لأنه أصبح خالص حقها » . وكذا أستاذنا المرحوم محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، قسم الزواج ، البند ١٥١ ص ١٨٠ . وظاهر ذلك أنها تستحق استيفاء المستحق ، بالعقد ، ما لم تسقطه بعد العقد .

الجواب :

قوله : لم قلتُ بأن هذا عقد معاوضة ، بل هو ضم وازدواج - قلنا : لأن الحكم الأصلي لهذا العقد ملك المتعة وثبوت الانضمام بناء عليه ، فيجب أن يكون مقابلاً بالمهر تحقيقاً للمعاوضة .

١/٣٥ / قوله : إنه معاوضة النفس بالنفس - قلنا : لا نسلم . وظاهر أنه ليس كذلك ، لأنه لو كان كذلك ، لكان الملك لها ثابتاً في نفس الزوج ، ولم يثبت بالإجماع .

قوله : لم قلتُ بأنها تتمكن من الاستيفاء - قلنا : لأنه متى وجب ولم يوجد المسقط بعد الوجوب ، كان بسبيل من الاستيفاء ضرورة^(١) .

قوله : بأنها رضيت بالسقوط - قلنا : لا نسلم ، فإن السقوط يكون بعد الوجوب ، وإنها منعت الوجوب ابتداء ، وإذا لا يدل على الرضا بالسقوط ، لأن الوجوب ليس بحق لها ، بل حق الشرع^(٢) .

أما إذا طلقها قبل الدخول بها - قلنا : ع جوابان : أحدهما - أن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه إليها سالماً ، وهذا يقتضى سقوط الكل كالبيع . والثاني - أن نصف مهر المثل واجب ثمة ، إلا أنا قدرنا ذلك بالمتعة .

فأما إذا مات الزوجان : فعند أبي يوسف ومحمد يستوفى مهر المثل . وعند أبي حنيفة لا يستوفى لوجهين : أحدهما - أن موتها غالباً يكون بعد موت أقرانها فتعذر تقدير مهر مثلها . والثاني - أن الغالب هو الاستيفاء في حالة الحياة .

وأما إذا زوج أمته من عبده - اختلف المشايخ فيه : والصحيح أنه يجب حقاً لله ثم يسقط لعدم الفائدة في البقاء .

وأما الذمي إذا تزوج ذمية : [ف] عندهما يجب مهر المثل . وعند أبي حنيفة : إذا اعتقدا ذلك لا يجب ، لأننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون .

٤١ - مسألة : الخلوة الصحيحة بحكم النكاح الصحيح توجب كمال المهر ، خلافاً له (١) .

والوجه فيه - أن المعقود عليه نفس (٢) المرأة ، وقد سلمتها إلى العاقد ، فوجب أن يجب العوض ، قياساً على إجارة الدار إذا سلمت ولم ينتفع بها المستأجر .

وإنما قلنا إن المعقود عليه نفس المرأة - لأن النكاح معاوضة البضع بالمهر ، لأن الدليل يأتى (٣) الملك عليها بالعوض ، وقد ورد العقد على نفس المرأة ، بدليل أنه أضاف العقد إلى نفسها في قوله / « تزوجتها » .

٢/٣٥

وإنما قلنا - إنها سلمتها إلى العاقد ، لأن التسليم تفعيل من السلامة ، والتمكين تفعيل من المكنة ، وذلك بتقرب (٤) المحل وإزالة الموانع .

(١) قال السمرقندى في التحفة ، ٢ : ٢٠٧ « فإن كان المهر مسمى وطلق بعد الوطء أو الخلوة الصحيحة أو وجد موت أحد الزوجين فإنه يجب كمال المهر المسمى - وهذا عندنا . وعلى قول الشافعى : لا يتأكد بالخلوة » وقال الغزالي في الوجيز ، ٢ : ٢٦ « ولا يتقرر كمال المهر إلا بالوطء أو بموت أحد الزوجين ولا يتقرر بالخلوة على القول الجديد » .

قال أستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم في كتابه « أحكام الأحوال الشخصية » طبعة سنة ١٩٢٥ في البند ١٨٨ ص ١٢٥ - ١٢٦ « وكذلك يتأكد المهر بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح فإذا فقد الشيطان كلاهما أو أحدهما فلا يتأكد المهر ... وقال الشافعى رضى الله عنه إن الخلوة لا تؤكد وجوب المهر ، لأن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه ، لأن التأكد إنما يكون بتسليم المبدل ولا تسليم إلا بالوطء . واستدل أبو حنيفة وأصحابه بأن المرأة سلمت المبدل حيث رفعت الموانع بالخلوة التامة وذلك غاية ما في مقدورها والواجب عليها لا يكون إلا بما في وسعها فيتأكد حقها في المبدل وهو المهر (انظر الهداية والعناية) ... » . وانظر أيضاً أستاذنا المرحوم محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، قسم الزواج ، البند ١٥٥ و ١٥٦ ص ١٨٥ - ١٨٧ .

(٢) النفس الروح وذات الشيء . وعينه - المعجم الوسيط .

(٣) في الأصل كذا : « يأتى » والظاهر أن المقصود أن الدليل يأتى أن تملك هى بالعوض - انظر فيما يلى : الجواب . وفى التحفة ، ٢ : ٢١٠ « إن تسليم النفس بمقابلة تسليم المهر » .

(٤) لعلها كذلك . وفى المعجم الوسيط : قَرَّبَ الشيء أدناها وقربه منه وإليه وعنده . وَتَقَرَّبَ إليه حاول القرب منه وتوسل إليه بقرية أو بحق . ولعل العبارة ترجح كلمة « بتقريب » .

(طريقة الخلاف فى الفقه - م ٧)

فإن قيل : قوله بأن المعقود عليه نفس المرأة - قلنا : لا نسلم ، بل المعقود عليه منافع البضع المستوفاة في جميع العمر ، ولا يمكن تسليمها في حالة واحدة . وهذا لأن المعقود عليه لو كان نفس المرأة لخلا الوطاء الثاني والثالث عن الملك وعن العوض أصلاً ، وذلك لا يجوز .

ولئن سلمنا أن المعقود عليه نفس المرأة ، ولكن لم قلتم إنها سلمتها إلى العاقد . وهذا لأن قيام يد العاقد على المعقود عليه يمنع التسليم ؛ ويد العاقد ههنا قائمة ، لأن نفس المرأة ومنافع بضعها في يدها حقيقة ، ولا يتحقق التسليم والقبض إلا بعد وجود الوطاء حقيقة . وصار هذا كما إذا باع دابة هو راكمها أو ثوباً هو لابسها : لا يتحقق التسليم بدون النزول والنزع - كذا ههنا .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُموهنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ (١) .

الجواب :

قوله بأن المعقود عليه منافع البضع - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن المنافع في باب النكاح لم تملك مقصودة بالعقد ، بل تبعاً وضرورة للملك النفس ، كملك الانتفاع في باب البيع ، بدليل أن العقد يضاف إلى الذات دون المنافع .

قوله : المعقود عليه لو كان نفس المرأة لخلا الوطئان عن العوض - قلنا : أجمعنا على أن قبض النفس حقيقة في حق الوطاء مرة واحدة ، قائم مقام جميع الوطئات في حق تأكيد المهر . كذلك تسليم النفس نظراً للمرأة .

وأما قيام يد العاقد - قلنا : قيام يد العاقد لا يمنع (٢) التسليم لذاته ، بل لأنه يعجز الأخذ عن القبض والانتفاع ، كما في الدابة والثوب ، وههنا قيام يد المرأة على نفسها لا يعجز عن الوطاء عند ارتفاع الموانع ، فافترقا من هذا / الوجه .

١/٣٦

(١) البقرة : ٢٣٧ .

(٢) في الأصل : « لا تمنع » - انظر بقية العبارة .

وأما ما تلا من النص - قلنا : حقيقة المس ليس بمراد بالإجماع ، لأنه لو وجد المس بدون الخلوة لا يتأكد المهر ، فكان المراد هو المجاز ، واسم المس كما يجوز جعله مجازاً عن الوطاء ، إطلاقاً لاسم السبب على المسبب ، يجوز جعله مجازاً عن الخلوة بهذا الطريق . والله أعلم .

كتاب الطلاق

١/٣٦

٤٢ — مسألة : قال أبو حنيفة وأبو يوسف : الزوج الثاني يهدم الطلقة والطلقتين . وهو قول ابن مسعود وابن عباس وابن عمر .

وقال زفر والشافعي : لا يهدم . وهو مذهب عمر وعلى وأبي بن كعب^(١) وعمران بن الحصين^(٢) .

والمراد بقولنا يهدم الطلقة والطلقتين — أن المرأة بعده تصير بحالة لا تحرم حرمة غليظة إلا بالطلقات الثلاث .

والمراد بقولهم : لا يهدم — أنها تصير بحالة تحرم حرمة غليظة بما بقي من الطلقات الثلاث .

لنا : أن الزوج الثاني مثبت للحل ، فتصير المرأة بعده بحالة لا تحرم حرمة غليظة إلا بالطلقات الثلاث ، قياساً على ما إذا وجد الزوج الثاني بعد الثلاث .

وإنما قلنا إن الزوج الثاني مثبت للحل ، لأن النبي ﷺ سمي الزوج الثاني محلاً ، بقوله عليه السلام : « لعن الله المُحْلِلَ والمُحْلَلَّ له »^(٣) . ولا يثبت إثبات الحل المطلق

(١) أبي بن كعب شهد العقبة الثانية وبايع النبي ﷺ فيها ثم شهد بدرا وكان يكتب الوحي لرسول الله ﷺ وأحد فقهاء الصحابة وأقرأهم لكتاب الله ، مات في خلافة عمر بن الخطاب سنة ١٩ أو ٢٠ أو ٢٢ . وقيل مات في خلافة عثمان سنة ٣٢ . والأكثر على أنه مات في خلافة عمر — ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(٢) عمران بن حصين بن عبيد الخزاعي . أسلم عام خير . بعثه عمر إلى البصرة معلماً . ولاء زياد قضاءها ثم استغنى فأغنى . وكان من فضلاء الصحابة وفقهائهم . سكن البصرة ومات بها سنة ٥٢ في خلافة معاوية — ابن عبد البر ، الاستيعاب . وطبقات ابن سعد .

(٣) في بلوغ المرام رقم ٨٤٩ ص ١٥٣ ، وسبل السلام ، ج ٣ ، رقم ٩٣٦ ، ص ١٠٠٤ — ١٠٠٥ « لعن رسول الله ﷺ المُحْلِلَ والمُحْلَلَّ له » رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه . وفي =

في الحل إلا بارتفاع ما بقى من الحل ، لأن إثبات الحل في محل حلال لا يتحقق ، فيرتفع ما بقى من الحل في المحل ويثبت حل آخر بصفة الكمال ، والحل الثاني بصفة الكمال لا يرتفع إلا بالطلقات الثلاث .

فإن قيل : قولكم بأن^(١) الزوج الثاني مثبت للحل - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن النبي ﷺ سماه محلاً - قلنا : لا نسلم .

وأما الحديث - قلنا : لا نسلم بأن المراد منه الزوج الثاني .

والدليل على أن المراد منه ليس الزوج الثاني أنه ألحق^(٢) اللعن به ، والزوج الثاني ههنا لا يستحق اللعن .

ولئن سلمنا أن المراد من الحديث الزوج الثاني - لكن قبل الثلاث أو بعد الثلاث ؟
ع م - . ولكن المراد هو الزوج الثاني بعد / الثلاث لوجهين : أحدهما - اللعن .
والثاني - أن الزوج الثاني في العرف يطلق على الزوج الثاني بعد الثلاث .

ولئن سلمنا أن المراد من الحديث الزوج الثاني مطلقاً - ولكن النبي ﷺ ألحق اللعن بالزوج الثاني المحلل لا بمطلق الزوج الثاني - فلم قلتم بأن الزوج الثاني قبل الثلاث محلل حتى يتناوله الحديث ؟ .

ولئن سلمنا أن الزوج الثاني مثبت للحل - ولكن إنما يثبت مقتضياً إذا أمكن - فلم قلتم بأنه أمكن ؟ بيانه - أن الحل إنما يثبت في محل خال عن الحل ، والحل ههنا ثابت في المحل .

قوله : يرتفع ما بقى من الحل ضرورة ثبوت حل آخر - قلنا : هذا يؤدي إلى

الباب عن على أخرجه الأربعة إلا النسائي .

(١) في الأصل كذا : « سى » .

(٢) في الأصل كذا : « اللحق » .

الدور ، لأن الحل القائم لا يرتفع إلا بثبوت حل آخر ، ولا يثبت حل آخر إلا بعد ارتفاع ما بقى من الحل ، فيؤدى إلى الدور ، فيكون باطلاً .

الجواب :

قوله : لم قلم بأن المراد من المحلل في الحديث الزوج الثانى - قلنا : لأن أهل الحديث أوردوه فى باب الزوج الثانى .

قوله : الميث للحل لا يستحق اللعن - قلنا : لا يستحق اللعن من حيث إنه مثبت للحل ، ولكن قد يستحق اللعن من وجه آخر ، وهو أن يقصد بالتزوج غير ما وضع له التزوج ، وهو الإحلال على الزوج الأول .

قوله : المراد من الزوج الثانى قبل الثلاث أو بعد الثلاث ؟ قلنا : المراد الزوج الثانى مطلقاً ، لأنهم أوردوه فى باب الزوج الثانى مطلقاً .

قوله : المستحق للعن هو الزوج الثانى بعد الثلاث - قلنا : لا لأنه بعد الثلاث ، لكن لأنه قصد الإحلال على الأول ، والزوج الثانى قبل الثلاث إذا قصد ذلك يستحق اللعن أيضاً .

قوله : المحلل فى العرف هو الزوج الثانى بعد الثلاث - قلنا : ليس كذلك ، لأن المحلل فى العرف من يحلل قصداً ويقصد بالنكاح الإحلال على الأول ، لا المقاصد المطلوبة ، إلا أن القصد إلى ذلك يكون بعد الثلاث غالباً ، بدليل أن الزوج الثانى بعد الثلاث إذ تزوجها لا على قصد منهما للإحلال وللرجوع / إلى الأول ، لا يسمى محلاً .

١/٣٧

قوله : الحديث الحق^(١) اللعن بالزوج الثانى المحلل - فلم قلم بأنه محلل ؟ قلنا : هذا تلبس^(٢) ومغالطة ، لأننا لا نعنى بقولنا المراد من الحديث الزوج الثانى أنه أطلق

(١) فى الأصل كذا : « اللعن » .

(٢) تلبس عليه الأمر خلطه . وتلبس عليه الأمر تلبس خلطه عليه حتى لا يعرف حقيقته - المعجم الوسيط .

اسم المحلل على الزوج الثانى بطريق إقلمة اللفظ مقام اللفظ ، لكننا نعنى به وصف الزوج بأنه محلل ، فألحق اللعن به ، فصار كأنه قال : لعن الله المحلل ، والمحلل الزوج الثانى .

قوله : يتعلق كل واحد منهما بالآخر فيؤدى إلى الدور - قلنا : لا نسلم . وبيانه - أنا لا نقول بارتفاع ما بقى من الحل حكماً لثبوت حل آخر حتى يؤدى إلى الدور ، ولكننا نقول : بأن ارتفاع الحل من المحل يقف على تصور ثبوت الحل ، وتصور ثبوت الحل قائم بواسطة ارتفاع ما بقى من الحل . والله أعلم .

٤٣ - مسألة : إذا قال لها : أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك ونوى الثلاث أو الثنتين - لا تصح نيته ، وتقع (١) واحدة رجعية .

والوجه فيه - أنه لو صحت نيته الثلاث لا يخلو : إما أن تصح فى الملفوظ أو فى غير الملفوظ : لا وجه للثانى ، لأن الطلاق لا يقع بمجرد النية بدون اللفظ . ولا وجه للأول ، لأن الملفوظ لا يحتمل الثلاث ، لأن قوله « أنت طالق » وصف لها بالانطلاق ، وهو نعت فرد (٢) والفرد ضد الثلاث ، والشئ لا يحتمل ما يضاده .

فإن قيل : قولكم بأنه نعت فرد فلا يحتمل الثلاث - قلنا : لغة وشرعاً أم هو نعت لغة إنشاء شرعاً ؟ ع م . بيانه - أن هذا اللفظ إخبار لغة ولكنه إنشاء شرعاً ، وإنشاء يحتمل العدد - دل عليه أن الثلاث عدد من حيث هى ثلاث ، فرد من حيث الجنس ، والجنس فرد بالإضافة إلى الأجناس . والدليل على أنه تصح نية الثلاث ، أنه (٣) يصح تفسيره به ، بأن يقول « أنت طالق » والشئ لا يفسر بما لا يحتمله .

(١) فى الأصل : « ويقع » .

(٢) الفرد المفرد المتوحد - المعجم الوسيط .

(٣) فى الأصل : « تصح » .

ولكن سلمنا أنه لا يحتمله من حيث هو جنس ، ولكن لم قلتم بأنه لا يحتمله من وجه آخر ؟ بيانه أن قوله « طالق » ينسب عن الانطلاق^(١) ، والانطلاق حساً وشرعاً متنوع ، فيقبله من حيث النوع ، وصار كما إذا قال : « أنت بائن » ونوى الثلاث / ، فإنه يصح - كذا هنا . وصار أيضاً كما إذا قال : « أنت طلق للسنة » ونوى الثلاث : تصح نيته ، أو قال : « طلقى نفسك » ونوى الثلاث تصح نيته ، وإن كان ما ذكرتم موجوداً - كذا ههنا .

الجواب :

قوله : هذا نعت وإخبار لغة وشرعاً ، أو نعت لغة وإنشاء شرعاً ؟ قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أنه نعت لغة وشرعاً ، لأن الأصل تقرير الأحكام على موضوع اللغة .
والثاني - أنه إنشاء شرعاً ، ولكن هذا لا يصير الطلاق مذكوراً شرعاً ، لأن المعنى من كونه إنشاء وقوع الانطلاق من القيد الشرعي^(٢) ، وذلك لا يحتمل العدد .

قوله بأنه فرد من حيث الجنس - قلنا : لا نسلم بأن الثلاث جنس أو هو جنس ، ولكنه عدد في ذاته ، فلا يحتمله نعت الفرد .

قوله : يصح تفسيره بالثلاث - قلنا : لا نسلم .

وقوله : « أنت طالق ثلاثاً - معناه أنت طالق طلاقاً ثالثاً .

قوله : لم لا يحتمله من حيث النوع ؟ قلنا : لأن الانطلاق الشرعي والحسي لا يتنوع ، لأنه لا يتفاوت من حيث كونه منطلقاً ، بخلاف قوله : « أنت بائن » لأن البيئونة متنوعة : بعيدة وقريبة . وبخلاف « أنت طالق للسنة » لأن الانطلاق لا يوصف بكونه سنياً أو بدعياً ، فكان وصفاً لقول يوصف بذلك ، وهو التطليق ، فصار

(١) في الأصل كذا : « والانطال » .

(٢) في الأصل كذا : « الشرع » انظر العبارة التالية .

الطلاق مدلول اللفظ . ويخلاف قوله « طلقى نفسك » لأنه دلالة على الانطلاق وصفاً ، لأنه مختصر عن قوله : افعل فعل الطلاق .

٤٤ — مسألة : إضافة الطلاق إلى اليد أو إلى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن ، لا يصح . وعنده يصح (١) .

وعلى هذا الخلاف : العتاق والإيلاء والظهار والعفو عن القصاص .

وأجمعوا على أن إضافة الطلاق إلى الجزء الشائع كالثلث والرابع ، يجوز (٢) .

وأجمعوا على أن إضافة الطلاق إلى الوجه والفرج والرأس ، يصح (٣) .

وفي الظهر والبطن اختلاف المشايخ .

والوجه / فيه - أن حكم الطلاق لو ثبت في البدن لا يخلو : إما أن يثبت ابتداء ، ١/٣٨ أو بناء على ثبوته في البدن . لا وجه للأول ، لأنه ما أضاف الطلاق إلى البدن . ولا وجه للثاني ، لأن الحكم المختص بالطلاق ثبوت الانطلاق وزوال القيد ، لأن الطلاق ينبيء عنه لغة ، واليد ليس بمحل لقيد النكاح ، ولهذا لا يصلح إضافة النكاح إلى اليد بالإجماع .

فإن قيل : قولكم بأن حكم الطلاق لو ثبت في البدن لا يخلو : إما أن يثبت ابتداء أو بناء - قلنا : لم قلتم بأنه لا يثبت ابتداء ؟ .

قوله : ما أضاف الطلاق إلى البدن - قلنا : صريحاً أم دلالة ؟ م ع - وهذا لأن قوله : « يدك طالق » يدل على إرادة ثبوت الطلاق في اليد ، ولا تصور له إلا بالطلاق في البدن ، فصار كما لو أضاف إلى الجزء الشائع .

ولئن سلمنا أنه لا يثبت الطلاق في البدن ابتداء - لم قلتم بأنه لا يثبت بناء ؟ .

(١) عند الشافعي - انظر : السمرقدي ، التحفة ، ٢ : ٢٩٢ .

(٢ - ٣) انظر : السمرقدي ، المرجع السابق ، الموضع نفسه .

قوله بأن اليد ليست محل الطلاق - قلنا : لا نسلم .

قوله بأن حكم الطلاق زوال القيد - قلنا : كل حكم الطلاق أم بعضه ؟ ع م . وهذا لأن زوال القيد كما هو حكم الطلاق ، فزوال حل الاستمتاع أيضا حكم الطلاق ، واليد محل حل الاستمتاع ، فكانت محلا لحكم النكاح من هذا الوجه .

ولئن سلمنا أن هذا كل حكم الطلاق ، ولكن اليد ليست بمقيدة بانفرادها أو ليست من جملة المقيدة ؟ م والثاني ع . وهذا لأن اليد وإن كانت لا توصف بالقيد ، ولكنها من جملة البدن الموصوف بالقيد ، فيصح كما في الجزء الشائع .

ولئن سلمنا أن اليد غير مقيدة ، ولكن لم قلتم بأنها ليست بمحل للنكاح ، وظاهر أنها محل للنكاح ، لأنها محل لبعض أحكام النكاح .

ولئن سلمنا أنه لا يصح إضافة الطلاق إلى اليد حقيقة ، ولكن لم قلتم بأنه لا يحق مجازا ؟ وهذا لأن اليد جاز أن تذكر ويراد بها البدن ، كما في قوله تعالى .. ﴿... فيما / كسبت أيديكم﴾^(١) ... ﴿وقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى ترد »﴾^(٢) والمراد البدن .

الجواب :

قوله : إنه أراد ثبوت حكم الطلاق في اليد ، ولا يثبت إلا بثبوتها في البدن - قلنا : هذا إشارة إلى الوجه الثاني ، وقد بينا أنه لا يمكن ذلك .

(١) قال تعالى : ﴿وما أصابكم من مصيبة فيما كسبت أيديكم﴾ الشورى : ٣٠ . وقال تعالى : ﴿ظهر الفساد في البر والبحر بما كسبت أيدي الناس ...﴾ الروم : ٤١ . وفي الأصل : ﴿ذلك بما كسبت أيديكم﴾ وستأتى فيما بعد في الأصل صحيحة .

(٢) عن سمرة بن جندب رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أحمد والأربعة . وصححه الحاكم - بلوغ المرام ، رقم ٧٤٩ ، ص ١٣٥ .

وأما الجزء الشائع - قلنا : لا نسلم ثبوت حكم الطلاق في البدن بالإضافة إليه ابتداء ، بل بناء ، لأنه لا يتصور وجود البدن بدون الجزء الشائع .

قوله : زوال القيد كل حكم الطلاق أم بعضه ؟ قلنا : كل الحكم الأصلي للطلاق ، والاعتبار للحكم الأصلي المقصود .^(١)

قوله : اليد ليست بمقيدة بانفرادها أم ليست من جملة المقيدة ؟ قلنا : ليست^(٢) بمقيدة ولا من جملة المقيدة ، لأنه لا يتعلق الطلاق ولا النكاح باليد ، بدليل أنه يجوز نكاح مقطوعة اليد بخلاف الجزء الشائع ، فإنه لا نكاح بدونه .

قوله : بأن اليد محل بعض أحكام النكاح - قلنا : الجواب عنه ما ذكرنا .

وأما قوله : اليد يعبر بها عن البدن مجازا - قلنا : لا نسلم بأنه يصلح لذلك مجازا .

وأما قوله تعالى : ﴿ فَمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ ﴾^(٣) فهذا إضافة الكسب إلى اليد حقيقة ، لأنها^(٤) آلة الكسب ، كما يقال : سيف قاطع .

وقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت^(٥) » أضاف الأخذ والرد إلى اليد بطريق الحقيقة ، لا بطريق المجاز .

ولئن سلمنا جواز المجاز ، ولكن إنما يستعمل بالنية والإرادة ، ونحن نقول : بأنه إذا ذكر اليد وأراد به البدن يصح ، ولكن الكلام فيما إذا لم يرد .

والله أعلم .

(١) في الأصل : « ليس » .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ ، ص ١٠٦ .

(٣) في الأصل : « لأنه » .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ١٠٦ ونصه كاملا فيما تقدم من المتن .

٤٥ — مسألة : التنجيز يبطل التعليق .

وصورة المسألة : إذا قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا - فطلقها قبل دخول الدار ثم تزوجت بزواج آخر وعادت إليه ودخلت الدار لا يقع الطلاق .

والوجه فيه - أنه لم يلتزم بتصرفه طلاقا يبطل حلا سيحدث ، / فلا يقع .

١/٣٩

وإنما قلنا ذلك - لأنه إنما التزم بتصرفه طلاقا يمنعه عن تحصيل الشرط أو يحمله^(١) على تحصيله ، والمنع لا يحصل بطلاق يبطل حلا سيحدث .

وإنما قلنا : إنه التزم بتصرفه طلاقا يمنعه عن الشرط ، لأن غرضه في قوله : إن شربت فامرقى طالق - منع النفس عن الشرب ، لأنه لولا هذا الغرض لما أقدم على اليمين بالطلاق لحرمته ، والطلاق الذى يبطل حلا سيحدث لا يمنعه^(٢) ، لأن المنع إنما يحصل بالخوف ، والخوف إنما يكون ببطان نعمة يغلب وجودها أو يحتمل وجودها ، لا ببطان نعمة نادر وجودها ، والحل الذى سيحدث نادر الوجود ، لأن ذلك يبتنى على الطلقات والعدد وعلى التزويج بزواج آخر وعلى طلاق ذلك الزوج والعود إليه ، وكل هذه المقدمات نادر [ة^(٣)] الوجود .

فإن قيل : قولكم بأنه التزم طلاقا يمنعه عن تحصيل الشرط أو لا يمنعه - قلنا : لا نسلم بل هو مطلق ، لإطلاق اللفظ ، فلا يجوز تقييده .

قوله : دل الدليل على التقييد - قلنا : لا نسلم .

قوله : لولا ذلك لما أقدم على اليمين - قلنا : لا نسلم بأن هذا يمين ، بل هو تطليق عند الشرط . ونحن سلمنا أنه يمين ، ولكن لم قلتم إن المنع لا يحصل بطلاق يبطل حلا سيحدث ؟ .

(١) فى الأصل : « تحمله » .

(٢) « يمنعه » غير ظاهرة فى الأصل ونرى أن السياق يدل عليها .

(٣) فى الأصل : « نادر » .

قوله : بأن المنع يحصل بالخوف عن زوال نعمة يغلب وجودها - قلنا : لا نسلم أن غلبة الوجود شرط ، وهذا لأن المنع كما يحصل بنزول المكروه غالبا وظاهرا ، يحصل بنزول المكروه على سبيل الاحتمال ، لأن الإنسان كما يتمتع عن الضرر الغالب ، يتمتع عن الضرر المحتمل - دلت عليه أنه لو أبانها ثم تزوجها ودخلت الدار يقع .

ولئن سلمنا أن غرضه الامتناع عن مطلق الضرر ، ولكن في الحال فقط أم في الحال وثاني الحال ؟ ع م . وهذا لأن الامتناع في الحال كما يصلح غرضا ، فكذلك الامتناع في الحال وثاني الحال يصلح غرضا / .

٢/٣٩

. ولئن سلمنا أن الغرض هو المنع مطلقا ، ولكن لم قلتم بأن الطلاق الذي يبطل حلا سيحدث ، لا يصلح مانعا ؟ .

والدليل على أنه يصلح مانعا أنه لو قال لامرأته : « إن دخلت الدار فأنت على [ك] ظهر أُمي » فطلقها ثلاثاً ثم تزوجت بزواج آخر وعادت إلى الأول ودخلت الدار ، يلزمه الظاهر .

ولئن سلمنا أنه لم يلتزم طلاقا يبطل حلا سيحدث ، ولكن^(١) لم قلتم بأن هذا الحل غير ذلك الحل ، بل هو عينه - لأننا أجمعنا على أنها لو ارتدت ثم عادت إليه بعد الإسلام تبقى اليمين وينزل الجزاء^(٢) وإن بطل حل المحلية بالردة ؟ .

الجواب :

قوله : بأنه مطلق لإطلاق اللفظ - قلنا : بلى ، ولكن مطلق الكلام يجوز تقييده بدلالة الغرض . كما إذا اشترى عبدا مطلقا ، ينصرف إلى المسلم^(٣) .

قوله : لم قلتم بأنه يمين ؟ - قلنا : لأن تعليق الطلاق يسمى يمينا عرفا وشرعا .

(١) في الأصل كذا : « ولين » .

(٢) في الأصل كذا : « الجرا » - كذا في السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣١٨ - ٣١٩ .

(٣) في الأصل كذا : « السلم » .

قوله : لم قلم بأن المنع لا يحصل بطلاق يبطل حلاً سيحدث ؟ قلنا : لما ذكرنا أن الإنسان لا يخاف زوال نعمة لا يغلب وجودها .

قوله : لم قلم بأن الغلبة شرط ؟ قلنا : لأن المانع إنما يمنعه إذا كان غالب الوجود .

وأما إذا أبانها - قلنا : لأن نزول^(١) الجزاء ليس بنادر الوجود ثمة . أما ههنا بخلافه .

قوله : غرضه الامتناع عن الضرر في الحال فقط أم في الحال وثاني الحال ؟ - قلنا :

غرضه المنع مطلقاً من غير تعرض للزمان^(٢) ، وهذا الغرض يحصل بطلاق يبطل حلاً قائماً للحال ، لأن الحال القائم للحال ، الظاهر دوامه إلى وقت وجود الشرط .

وأما مسألة الظهار فممنوع على رواية أبي طاهر الدباس^(٣) عن أصحابنا : أنه لا [يلزمه]^(٤) الظهار .

قوله : لم قلم بأن الحل الذي يوجد بعد الزوج الثاني غير ذلك الحل - قلنا : لأن الزوج الثاني مثبت للحل ابتداء على ما مر في مسألة الهدم^(٥) .

(١) في الأصل كذا : « نزول الجزاء » .

(٢) في الأصل كذا : « الزمان » .

(٣) كان إمام أهل الرأي بالعراق . وقد أخذ عن القاضي أبي حازم عبد الحميد عن عيسى بن أبان عن محمد . وكان يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات . وولى القضاء بالشام . و « الدباس » نسبة إلى بيع الدبس وهو ما يسيل من الرطب (اللكنوى ، ١٨٧ . ومختار الصحاح) .

(٤) في الأصل : « لا ينزل » - راجع فيما تقدم في المسألة . والمذهب أن يلزمه - قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٣١٩ : « ثم هذه الحرمة لا تنزل بسبب من أسباب الإباحة ، ما لم توجد الكفارة ، لا بالنكاح ولا بملك اليمين ولا بإصابة الزوج الثاني .. وكذلك لو طلقها ثلاثاً وتزوجت بزوج آخر ، ثم عادت إليه بالنكاح ، لا تحل له حتى يكفر ، وإن صح النكاح » .

وكذا في المغني لابن قدامة (٧ : ٣٥٢) ولكن فيه : « وقال قتادة : إذا بان سقط الظهار فإذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه وللشافعي قولان كالمذهبيين ... » .

(٥) راجع فيما تقدم ص ١٠٠ - ١٠٣ .

وأما إذا ابتدت المرأة / قلنا : بالردة لا يزول حل المحلّة ، حتى لو اشترى أمة مرتدة ١/٤٠ ودخل بها لا يسقط إحصانه في القذف ، ولو زال لسقط إحصانه ، كما في الأمة المنكوحه إذا طلقها اثنتين ثم اشتراها ووطئها^(١) .

٤٦ - مسألة : إرسال الطلقات الثلاث جملة حرام .

والوجه - أن إرسال الطلقات الثلاث جملة إيقاع الطلاق من غير حاجة ، فوجب أن يكون حراما ، قياسا على الطلاق في حالة الحيض .

وإنما قلنا ذلك - لأننا نعني بهذه الحاجة الخلاص عن عهدة النكاح ، وهذه الحاجة تندفع بالطلقة الواحدة ، فأيقاع الثانية والثالثة يكون إيقاعا من غير حاجة ، فيكون حراما ، لأن الدليل يقتضي حرمة الطلقات الثلاث جملة لما فيه من سد باب التدارك^(٢) والوصول إليها بطريق الحلال ، وربما يميل طبعه إليها على وجه لا يمكنه الصبر عنها ، فيقع في الحرام ، وما هذا حاله فهو حرام .

فإن قيل : قولكم الدليل يقتضي حرمة الطلقات الثلاث لما فيه من سد باب التدارك - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن إمكان الوصول إليها بالحلال قائم ، بأن تتزوج بزواج آخر ثم تعود إليه بالنكاح .

ولئن سلمنا أنه لا يمكن الوصول إليها بطريق الحلال ، ولكن لم قلتم بأنه يقع في الحرام ، وظاهر أنه لا يقع ، لأن العقل والدين يمنعان عن ذلك . وكذلك الإقدام على إرسال الطلقات الثلاث جملة دليل تُقر^(٣) الطبع عنها بأبلغ الوجوه ، فلا يقدم على الحرام .

(١) قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٣١٩ : « وكذلك لو كانت حرة ، فارتدت عن الإسلام ، ولحقت بدار الحرب ، فسبيت ، واشتراها » أي لا يحل له أن يطأها حتى يكفر .

(٢) تدارك ما فات حاول إدراكه . يقال تدارك الخطأ بالصواب واستدرك الشيء تداركه به واستدرك عليه القول أصلح خطأه أو أكمل نقصه أو أزال عنه آثما - المعجم الوسيط .

(٣) تُقر تُقرأ وتُقرأ أعرض وصد - المعجم الوسيط . وفي الأصل كذا : « سفر » . وفي =

ولكن سلمنا أن احتمال هذا الضرر قائم - ولكن لم قلّم بأنه يوجب تحريم إرسال الثلاث ؟ وهذا لأنه ليس يجب على الشرع أن يدفع الضرر عن العبد بدون اختياره بل يجعله بسبيل من اختيار الضرر والاحتراز عنه .

٢/٤٠

ولكن سلمنا أن ما ذكرتم يقتضى تحريم الإرسال / ولكن ههنا دليل يأبى ذلك ، وذلك لأنها أجمعنا على أن إيقاع الثلاث مباح ، وإن كان فيه جميع ما ذكرتم . وكذلك أجمعنا على أن الطلقات الثلاث مملوكة للزوج ، بدليل أنه لو أوقع^(١) يقعن ، والمملك لا يشرع إلا لإطلاق الاستبقاء^(٢) شرعا ، ولأن الإقدام دليل الحاجة إلى سد باب الوصول إليها ، لاحتمال أن يكون فى نكاحها مفسدة ومضرة ، وربما لا يمكنه الامتناع عنها ويحتاج^(٣) إلى سد باب التدارك فى الحال ، دفعا لهذه الحاجة .

الجواب :

قوله : إمكان الوصول إليها بالحلال ممكن - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الوصول موقوف على مقدمات كثيرة نادرة ، والنادر ملحق بالعدم .

ولكن سلمنا إمكان الوصول ولكن بعد زمان طويل ، يعرى^(٤) عن احتمال ما ذكرنا من الضرر .

وأما قوله بأن العقل والدين يمنعه - قلنا : بلى ، ولكن ذاك لا يمنع احتمال الوقوع على ضرر الزنا ، لمكان الهوى بالطبع .

المعجم الوسيط : دل عليه وإليه دلالة أرشد . ويمكن أن يقال : دليل على ثَقَر . وسيأتى بعد قليل : « دليل نفر » أيضا (ص ١١٣) .

(١) فى الأصل كذا : « أقع » .

(٢) كذا فى الأصل : « الاستبقا » . وقد يحتمل أن تكون « الاستيفاء » . ولعل المعنى « الاستعمال » .

(٣) فى الأصل : « ويحتاج ويحتاج » فالكلمة مكررة .

(٤) كذا تبدو .

وأما قوله بأن الإقدام على إرسال الثلاث دليل تفر الطبع عنها - قلنا : محتمل :
يحتمل^(١) أنه أقدم لعارض يدوم ، ويحتمل أنه أقدم لعارض يزول ، فلا يطل ما ذكرنا بالشك .

قوله بأن هذا الضرر يلحقه باختياره - قلنا : لا نسلم بأنه باختياره ، وإنما يكون باختياره أن لو كان عالما بلحوق هذا الضرر به ، أما إذا لم يكن عالما فلا .

وأما الطلاق الثلاث - قلنا : ذاك إنما يكون بعد تفر الطبع عنها ، لأن إيقاع الأول والثاني دل على تفر الطبع ، أما إيقاع الثلاث جملة [فـ] قد يكون لغضب ولعارض يزول ، فلا يدل على تنافر الأخلاق .

قوله بأن الطلاق الثلاث مملوك له - قلنا : إن عنت به الإباحة فممنوع ، وإنه عين النزاع . وإن عنت به أنه لو أوقع يقع ويترب عليه حكم شرعي فمسلم ، ولكن الشرع قد يترتب / الحكم على التصرف المباح وقد يترتب على الحرام كالزنا وشرب الخمر وسائر المحظورات .

قوله بأن دليل الحاجة موجود ، وهو الإقدام على الإرسال - قلنا : كما لا يجوز تعليق الحكم بحقيقة الحاجة ، لا يجوز تعليقه بالإقدام على الطلاق .

وأما الحاجة إلى سد باب التدارك - قلنا : ما ذكرنا محكم في تحريم الإرسال ، وما ذكرتم محتمل ، والمحتمل لا يعارض المحكم .
والله أعلم .

٤٧ - مسألة : عدد الطلاق معتبر برق النساء وحرتهن ، لا برق الرجال وحرتهن . وهو مذهب علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود .
وعند عثمان وزيد معتبر برق الرجال وحرتهن^(٢) .

(١) في الأصل كذا : « يحمل » .

(٢) قال السمرقندي في النخبة ، ٢ : ٣٦٧ : « ثم العدة تعتبر بالنساء : تنصف برقها =

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٨)

والوجه فيه - أن الرق مؤثر في تنصيف الخُل في جانب الرجل (١) ، فيكون مؤثراً في التنصيف في جانب المرأة .

قلنا : متى يكون مؤثراً في التنصيف في جانب المرأة - إذا كان محلبة النكاح حقها أم إذا لم يكن ؟ م ع .

بيانه أن رقها مؤثر في نقصان نعمة من حقها ، لا في نقصان نعمة هي حق الرجل - فلم قلتم بأن حل المحلبة حق المرأة ، بل حق الزوج ، لأنه يشعر بكونه قابلاً لملك الغير ، وهو حق المالك لا حق المملوك .

ولئن سلمنا أن حل المحلبة حقها ، ولكن على الخصوص أو حقها وحق الزوج ؟ م ع .

بيانه أن حل المحلبة كما هو حق المرأة ، لكونه وسيلة إلى نفعها ، فهو حق الزوج لكونه (٢) وسيلة إلى نفعه ، فكان مشتركاً (٣) بينهما ، فلا يتنصف برق المرأة . ولئن سلمنا أن حل المحلبة نعمة في حقها ، ورقها يؤثر في تنصيفها - ولكن في

= وتتكامل بحريتها بالإجماع . وإنما الخلاف في الطلاق » وقال أيضاً ، ٢ : ٣٦٠ - ٣٦٤ : « وأما (عدة الوفاة) في حق الزوجة الأمة : فشهرا وخمسة أيام كان زوجها حراً أو عبداً ، لأن العدة تنصف بالرق وتتكامل بالحرية ، ويعتبر فيها جانب النساء دون الرجال بالإجماع - وأما عدة الطلاق .. إن كانت الزوجة مملوكة للغير فعدتها حيضتان إن كانت من ذوات الأقراء : وإن لم تحض فشهرا ونصف ... وأما في حق الحامل : فعدتها وضع الحمل لا خلاف في المطلقة لظاهر قوله : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ، وقال عليه السلام : « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » وقال عمر رضي الله عنه : « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصف .. » .

(١) هنا هامش غير مقروء - لعل المقصود ما سجد في الجواب من أن الحر إذا تزوج بالأمة فإنه لا يجوز له بالإجماع أن يتزوج بالحررة .

(٢) في الأصل : « لكونها » .

(٣) في الأصل : « مشترك » .

التنصيف في الجملة أم تنصيف نوع معين ؟ ع م . وهذا لأن الحرية ^(١) محل النكاح في جميع الأحوال ، والأمة محل حال عدم الحرية لا حال قيامها . وإذا ثبت التنصيف / من هذا الوجه لا يثبت التنصيف في نقصان العدد ، لأنه يؤدي إلى التنصيف مرتين ، فيكون تريعا لا تنصيفا .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يوجب التنصيف - ولكن ههنا دليل آخر بأى ذلك . وذلك لأن المرأة كما هي محل نكاح الرجل ، فالرجل محل نكاح المرأة . فإن نظرنا إلى جانب الأمة ينتقص العدد ، وإن نظرنا إلى جانب الرجل لا ينتقص ، فلا ينتقص بالشك .

ثم هذا معارض ^(٢) بقوله عليه السلام : « الطلاق بالرجال والعدد بالنساء » .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن المحلية حقها - قلنا : لأنها تنتفع بها مقصودا ونفع الزوج يقع ضمنا لا مقصودا ، فكان حقها .

وبه خرج الجواب عن قوله إنه مشترك .

قوله : ثبت التنصيف في حق الأمة في حق حل زمان دون زمان ، فلا يثبت التنصيف في نقصان العدد - قلنا : ليس ذلك تنصيف بل التنصيف تنصيف الحل في زمان واحد - دل عليه أن الحر إذا تزوج بالأمة ، فإنه لا يجوز له بالإجماع أن يتزوج بالحرية ، ولا يسمى ذلك تنصيفا ولا تريعا ، مع أن المالكية حقها .

وأما سؤال المعارضة - قلنا : ذاك يشعر بكون الزوج محلا للنكاح ، بل [هو] مالك وعاقده ، ولا يسمى منكوحا .

وأما الحديث - فنحمله على أن إيقاع الطلاق بالرجال ، عملا بالدليل على أنه

(١) في الأصل : « الحرية » .

(٢) « معارض » ساقطة من الأصل . وكذا أخذناها من عبارات المؤلف في كثير من أمثال

هذا الموضع .

معارض بما روت عائشة أن رسول الله ﷺ قال : « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » (١) - أورده أبو داود وأبو عيسى وابن ماجه .
والله أعلم .

٤٨ - مسألة : تعليق الطلاق والعناق بالملك جائز ، خلافا له (٢) .

والوجه فيه - أنه قصد إيقاع التصرف تطليقا عند الشرط ، والشرع جعله بسبيل من ذلك ، فيقع تطليقا عند الشرط - فيقع الطلاق ، قياسا على ما إذا قال لمنكوحته : إن دخلت الدار فأنت طالق .

وإنما قلنا : إنه / قصد ، لأنه أتى بصيغة القصد . ١/٤٢

وإنما قلنا : إن الشرع جعله بسبيل من ذلك - لأنه جعله بسبيل من إيقاع التصرف تطليقا عند الشرط في المنكوحة ، لمعنى : ذلك المعنى موجود ههنا ، لأن الإنسان يحتاج إلى منع نفسه عن فعل من الأفعال لما يتعلق به من الضرر ، وربما لا يتمكن من الامتناع لو خلى وطبعه ، فيحتاج إلى مانع يمنعه من ذلك ، ووقوع الطلاق والعناق يصلح مانعا لما [قد يلحقه] (٣) من المكروه .

(١) في بلوغ المرام ، رقم ٩٥٣ ص ١٧٣ : « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » رواه الدارقطني وأخرجه مرفوعا وضعفه . وأخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث عائشة ، وصححه الحاكم ، وخالفوه فاتفقوا على ضعفه .

(٢) قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٢٩٤ : « فأما التعليق في الملك فصحيح بالإجماع .. وأما التعليق بالملك بأن قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق - فإنه يصح عندنا . وعند الشافعي لا يصح . وكذلك إذا قال : كل امرأة أتزوجها فهي طالق . وقال مالك ، إن عم لا يجوز وإن خص جاز » وقال أيضا ، ٢ : ٤٠٠ « ... العتق المضاف إلى الملك كالمعلق في الملك عندنا (أى يصح) خلافا للشافعي » .

(٣) موضعها بياض في الأصل ، ويجوز أن تكون : « لما يفعله » .

فإن قيل : قولكم بأن الإنسان قد يحتاج إلى منع نفسه عن فعل ، فيحتاج إلى مانع - قلنا : لم قلتم بأنه أمكن دفعها بهذا الطريق . وبيانه - وهو أنه إنما يمكن دفعها بهذا الطريق أن لو تصور وجود النكاح على تقدير تعليق الطلاق به - فلم قلتم بأنه يتصور ؟ . وبيان عدم التصور من وجوه :

أحدها - أن الطلاق إذا تعلق بالنكاح ، صار الطلاق مقارنا للنكاح ، لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط مقارنا له ، والطلاق إذا قارن النكاح يمنع وجوده .
والثاني - أن النكاح إنما ينعقد إذا كان مفيدا للمقاصد المطلوبة ، وهذا النكاح لا يفيدها .

والثالث - أن النكاح إذا كان بحال يتصل به الطلاق ، صار في معنى نكاح المتعة ، وإنه مفسوخ .

ولئن سلمنا بأنه أمكن دفعها بهذا الطريق ، ولكن تعين طريقا أم لم يتعين ؟ ع م .
وبيانه - وهو أن له طريقين : أحدهما - اليمين بالله ، وإنه مشروع . والثاني - وهو اليمين بالطلاق ، وإنه محذور لقوله عليه السلام : ملعون من حلف بالطلاق - وحلف به بلا اتصال^(١) لدفع الحاجة إليه دون الطريق المشروع .

ثم هذا معارض بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال : « لا / طلاق إلا فيما تملك . ولا عتق إلا فيما تملك . ولا وفاء نذر إلا فيما تملك » - أورده أبو داود وأبو عيسى^(٢) .

(١) في الأصل كذا : « للاتصال » وقد أخذناها مما تقدم .

(٢) في بلوغ المرام ، رقم ٩٢٢ ، ص ١٦٧ : « وعن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك » رواه أبو يعلى - وصححه الحاكم وهو معلول . وأخرج ابن ماجة عن اليسر بن مخزومة مثله وإسناده حسن ، لكنه معلول أيضا » ورقم ٩٢٣ ص ١٦٧ : « وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك » »

الجواب :

قوله : لم قلت بأنه أمكن دفع هذه الحاجة بهذا الطريق ؟ - قلنا : لأنه متى تعلق الطلاق بنكاحها يمتنع عن النكاح غالبا وظاهرا .

قوله : لم قلت بأنه يتصور وجود النكاح ؟ - قلنا : لأن وجود النكاح بصدور الركن من أهله ، وهذه الأوصاف لا تختل بتعلق الطلاق .

قوله : بأن الطلاق يصير مقارنا له - قلنا : لا نسلم ، بل الطلاق يقع بعده بزمانين - بيانه : أن الطلاق حَزْ (١) . النكاح ، وحَزْ (٢) الفعل يوجد بعده ، لا مقارنا له .

قوله : بأنه لا يفيد المقصد - قلنا : لا يفيد قطعاً أم محتملاً ؟ - ع م . وهذا لأن نكاح الصغير والمجنون والحَصِيُّ والمُشْرَق بالمغربية (٣) - يجوز لاحتمال حصول المقصود نادرا . ولهذا قلنا : لو جاءت في هذه الصورة التي تنازعنا فيها بولد لسته أشهر ثبت النسب . على أنا لو فرضنا الكلام فيما إذا قال : إن تزوجتك فأنت طالق بعده لسته ، سقط السؤال .

قوله : بأنه في معنى نكاح المتعة - قلنا : لا نسلم - بأن نكاح المتعة هو النكاح الموقت ، ولا تأقيت في هذا النكاح ، وصورته غير هذه الصورة .

قوله : اليمين بالله تعالى طريق المنع - قلنا : اليمين بالله تعالى ربما لا تمنع (٤) ، لقيام الكفارة .

= أخرجه أبو داود والترمذي وصححه . ونقل عن البخاري أنه أصح ما ورد فيه « - راجع في ذلك : سبل السلام ، ٣ : ١٠١٦ - ١٠١٨ ص ١٠٩٤ - ١٠٩٦ وفي الأصل : « لاطلال » وفي مختار الصحاح .. أَطْلَ دُمُهُ وَطَلَّهُ وَأَطْلَهُ أَهْدَرَهُ . وفي المعجم الوسيط . « الطَّلَاءُ وَأَصْلُهُ الطَّلَالُ : الدم المطلول » .

(١ - ٢) حَزَّهُ حَزًّا قَطْعُهُ - مختار الصحاح . وفي الأصل كذا : « حَزُّو النكاح وحَزُّو الفعل .. » وفي المعجم الوسيط : حَزَا حَزْرًا تَكْهَنُ وَحَزَا الشَّيْءَ قَدَرَهُ تَحْمِينًا .

(٣) في الأصل غير واضح الجزء الأخير من كلمة « بالمغربية » .

(٤) في المعجم الوسيط : اليمين مؤنثة .

قوله : الطلاق محذور - قلنا : بلى ، ولكن لغيره لا لعينه . ولهذا لا يمنع تعليق طلاق المنكوحة بدخول الدار .

وأما الحديث - قلنا : المراد منه التنجيز دون التعليق ، لأنه نفى الطلاق مطلقاً ، والطلاق المطلق هو التنجيز دون التعليق ، وإنهم كانوا يعتقدون ذلك في الجاهلية . والله أعلم .

٤٩ - مسألة : الكنايات كلها بوائن إلا قوله : اعتدى - واستبرى رحمك - وأنت واحدة (١) .

والوجه فيه - أن هذا التصرف أعنى به قوله : « أنت بائن » تصرف إبانة ، فوجب أن يقع به البيونة وينقطع به النكاح ، قياساً على ما إذا قال لها ذلك ، قبل الدخول بها أو بعد الدخول على مال .

وإنما قلنا إنه تصرف إبانة - وذلك لأنه إخبار صادر عن عاقل مكلف بصريح الإبانة ، فوجب الحكم بالإبانة ، تصديقاً له في إخباره ، وتصحيحاً لتصرفه ، وتحصيلاً لمقصوده .

فإن قيل : قولكم بأنه تصرف إبانة - قلنا : لا نسلم .

قوله : أتى بصريح الإبانة - قلنا : يحتتمل أنه أراد الإخبار كقوله (٢) : أنت قائم وقاعد ، ويحتتمل أنه أراد الإنشاء ، فلا يكون حجة .

ولئن سلمنا أنه تصرف إبانة ، ولكن لم قلتم بأنه يقع به البيونة ؟ .

(١) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٢٥٨ - ٢٥٩ و ٢٦٧ وما بعدها . وفيه « أنت واحدة أى أنت طالق طلقة واحدة » . وسيأتى في آخر هذه المسألة قوله : « وقوله : أنت واحدة ، معناه : أنت طالق طلقة واحدة » .

(٢) في الأصل « لقوله » .

وأما القياس على ما قبل الدخول - قلنا : الفرق ظاهر ، لأن هذا التصرف قبل الدخول فسخ ملك النكاح ، كالمبيع قبل القبض . ولهذا لو قال لها قبل الدخول بها : أنت طالق ثبت [ت] البينة .

وأما بعد الدخول على مال ، فهو معاوضة ، وقضية المعاوضة ثبوت الملك في العوضين في الحال تحقيقا للتساوى ، ومن ضرورة ذلك ثبوت البينة ، لا أن يكون التصرف إبانة ابتداء . وصار كقوله : اعتدى - واستبرى - وأنت واحدة هـ .
الجواب :

قوله : يحتمل الإخبار ويحتمل الإنشاء - قلنا : هذه الصيغة موضوعة للإنشاء لا للإخبار ، كما في قوله : بعت وأعتقت وغيرها - فكل ذلك إنشاء لا إخبار - كذا هذا .

قوله : بأن الإبانة قبل الدخول فسخ ، وبعده على مال معاوضة - قلنا : النكاح لا يقبل الفسخ والمعاوضة ، ولهذا لم يترتب عليه أحكام الفسخ والمعاوضة .
ولئن سلمنا أنه فسخ ، ولكنه إبانة أيضا ، واللفظ ينبيء على (١) الإبانة ، لا على الفسخ والمعاوضة .

وأما قوله : اعتدى واستبرى رحمك - وأنت واحدة - قلنا : هذا لا ينبيء عن إزالة الملك : ملك النكاح وإبانة وُصلة (٢) / النكاح ، بل هو دليل الطلاق ، لأن الأمر بالعدة واستبراء الرحم لا يكون إلا بعد الطلاق ، فيقع الطلاق اقتضاء .

وقوله : « أنت واحدة » - معناه : أنت طالق طلقة واحدة ، فكان الواقع هو الطلاق ، أما ههنا بخلافه .

(١) سيأتى بعد قليل : « ينبيء عن » ولعلها الأصح .

(٢) بينهما وُصلة أى اتصال وذريعة . وكل شيء اتصل بشيء فما بينهما وُصلة والجمع وُصل - مختار الصحاح .

٥٠ - مسألة: الطلاق الرجعى لا يحرم الوطء . وهو صريح الطلاق .

والوجه فيه - أن النكاح قائم من كل وجه ، فيحل وطؤها ، كما قبل الطلاق .

وإنما قلنا ذلك - لأن الزوج يملك مراجعتها بغير رضاها ، لقوله تعالى : ﴿ ويحولن أحق بردهن في ذلك ﴾ (١) جعل الزوج المطلق أحق بالرد . فالرجعة هى الرد لغة ، فكان الزوج أحق بالرجعه بقضية (٢) النص مطلقا ، من غير اشتراط رضاها . وحق المراجعة بدون رضاها يدل على بقاء النكاح من كل وجه ، لأن النكاح لو كان زائلا من كل وجه أو من وجه لكانت الرجعة بدون رضاها إنشاء النكاح عليها بدون رضاها ، والدليل بأى ذلك . وإذا كان النكاح قائما من كل وجه يحل الوطء لقوله تعالى : (٣) .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح قائم من كل وجه - قلنا لا نسلم .

قوله : يملك مراجعتها بغير رضاها - قلنا : لا نسلم .

وأما النص - قلنا : لفظة الرد تقتضى زوال النكاح لأن الرد إعادة إلى الحالة الأولى ، وذلك إنما يكون بعد تبدل الحالة ، وذلك بزوال النكاح ، لأن النكاح لو كان قائما كان الحال بعد الطلاق كالحال قبله ، فلا يتصور ردها .

(١) البقرة : ٢٢٨ .

(٢) فى الأصل كذا : « بقصه » .

(٣) العبارة أو الآية غير مقروءة رغم المحاولات . ولعل المقصود ، إن كانت آية ، قوله تعالى :

﴿ والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ﴾ المؤمنون : ٥ - ٦ والمعارض : ٢٩ - ٣٠ . ﴿ ويحولن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ﴾ البقرة : ٢٢٨ . ولعل الآية هى المقصودة لقوله فيما يلى : « لفظة الرد ... » وهى الواردة فى الآية الأخيرة (البقرة : ٢٢٨) . وانظر أيضا : ابن قدامة ، المغنى (الطبعة المستقلة) ج ٧ ، كتاب الرجعة ، ص ٢٧٨ و ٢٨٢ .

ولئن سلمنا أنه يملك مراجعتها ، ولكن لم قلتم إن النص يقتضى أنه يملك مراجعتها بغير رضاها ؟ .

ولئن سلمنا أنه يملك مراجعتها بغير رضاها ، ولكن لم قلتم بأن ذلك يقتضى بقاء النكاح ؟ .

قوله : لو كان النكاح زائلا ، لكان هذا إنشاء النكاح من غير رضاها - قلنا : لا نسلم ، بل يكون هذا فسخا للطلاق ، ومن ضرورة فسخ الطلاق عود النكاح ، كالأمة إذا وهبها مولاها من زوجها / يزول النكاح ، فإذا رجع في هبته يعود النكاح من غير إنشاء - كذا هنا .

١/٤٤

ولئن سلمنا أن حق الرجعة يدل على قيام النكاح ، ولكن تسميتها « مطلقة » يدل على زواله ، لأن الطلاق ضد النكاح .

ولئن سلمنا أن النكاح قائم من كل وجه ، ولكن لم قلتم بأنه يحل وطؤها - ألا ترى أن الوطء حالة الحيض والنفاس والظهار حرام مع قيام النكاح ؟ .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على حل الوطء ، ولكن ههنا دليل يدل على حرمة الوطء ، لأننا أجمعنا على أنه لا يحل للزوج الخلوة معها والمسافرة معها ولو جاءت بولد إلى سنتين يثبت النسب ولا يصير مراجعا ولو لم يحرم الوطء لصار مراجعا .

الجواب :

قوله : لفظ الرد يدل على زوال النكاح - قلنا : لا نسلم - بيانه : وهو أن الرد إعادة لها إلى الحالة الأولى فيقتضى تبدل الحالة ، لا زوال النكاح .

قوله : لم قلتم بأن النص يقتضى مراجعتها بغير رضاها - قلنا : لأن النص يقتضى مراجعتها ، فعندنا : يحل وطؤها ، وعندكم يجوز عقد النكاح عليها من غير رضاها ، فانعقد الإجماع على أن رضاها ليس بشرط .

قوله : بأن الرجعة فسخ الطلاق - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما : أن الطلاق لا يحتمل الفسخ ، لأنه إسقاط ، وإسقاط الإسقاط لا يتصور ، بخلاف مسألة الهبة : فإن الملك قائم فيتصور فسخه .

والثاني - إن كان الطلاق قابلاً للفسخ ، ولكن الدليل ينفي ذلك ، لما فيه من إعادة الملك عليها بدون رضاها .

قوله : تسميتها « مطلقة » يدل على زوال النكاح - قلنا : تسميتها « مطلقة » ترك العمل بحقيقتها بالإجماع ، لأن المطلقة مرتفعة القيد من كل وجه ، والقيد ههنا باق من وجه بالإجماع .

وأما حرمة الوطء بسبب الظهار والحيض - قلنا : الخلاف في الحرمة بسبب زوال الملك ، فإن الوطء في حالة الحيض والنفاس والظهار / ليس بحرام إنما المحرم شيء آخر . ٢/٤٤

وأما الخلوة - قلنا : إن كانت المراجعة قصده يحل ، وإلا فيكره ، لأنه ربما يقع نظره عليها بالشهوة ، فيصير^(١) مراجعاً بغير اختياره ثم يطلقها ، فيؤدى إلى تطويل العدة عليها ، فتضرر بذلك .

وأما المسافرة - يملك ذلك : إن كان من قصده المراجعة يحل وإلا فيكره ، لأنه ربما تنقضى عدتها ، فتبقى مع غير محرم .

وأما إذا جاءت بولد لستين : إنما لا يصير مراجعاً ، لأنه يحتمل أنه حصل بوطء قبل الطلاق ، فلا يصير مراجعاً . ويحتمل أنه حصل بوطء بعد الطلاق فيصير^(٢) مراجعاً ، فلا تثبت الرجعة بالشك والاحتمال ، حتى لو زال هذا الاحتمال : إن جاءت بولد لأكثر من ستين يثبت النسب ويصير مراجعاً .

٥١ - مسألة : إذا طلق امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً ، فمات وهي في العدة -

ترث .

والوجه فيه - أنه قصد إبطال حقها ، فلا يطل حقها في الإرث .

وإنما قلنا ذلك - لأنه قصد إبطال النكاح ، والنكاح سبب حقها أو شرط حقها ، والسبب هو الموت ، وإبطال سبب حق الغير أو شرط حقه إضرار به ، فوجب الحكم بتأخير عمل الطلاق في هذا الحكم إلى ما بعد انقضاء العدة دفعا للضرر .

فإن قيل : قولكم بأنه قصد إبطال النكاح ، والنكاح سبب حقها - قلنا : لا نسلم ، بل سبب حقها هو الموت ، ولا يمكن إبطاله .

ولئن سلمنا أنه إبطال سبب حقها ، ولكن قصدا وابتداء أم ضمنا وبقاء ؟ (١) ع م - فصار كإعتاق العبد المشترك (٢) ، والطلاق في الصحة .

ولئن سلمنا أنه إبطال السبب ، ولكن إبطال سبب اتصل به حكم أم لا ؟ ع م - ولكن سبب لم يتصل به حكم منع من الوصول إلى النفع (٣) ، فلا يمنع - كما إذا قال لعيده : « إذا جاء غد فأنت حر » ، ثم باعه قبل الغد ، يجوز - كذا هنا .

ولئن سلمنا أنه / إبطال حقها وهو حرام - ولكن لم قلتم بأنه لم يترتب عليه حكمه كإرسال (٤) الثلاث على مذهبكم . ١/٤٥

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أنها ترث ، ولكن هنا دليل يأبى ذلك ، لأن النكاح قد ارتفع ، فلا ترث ، بدليل أنه لو وطئها يجب عليه الحد ، ولو ماتت المرأة لا يرث الزوج ، ولو كان الطلاق بسؤالها لا ترث ، ولا ترث بعد انقضاء العدة .

(١) هذه الكلمة غير واضحة فقد تكون كذلك « وبقاء » وقد تكون « تبعا » . وقد رجحنا « وبقاء » لمقابلتها للكلمة « وابتداء » .

(٢) راجع : « الإعتاق بين الشريكين أو الشركاء » في التحفة ، ٢ : ٣٨٩ وما بعدها .

(٣) في الأصل كذا : « التمتع » . ولعلها ما أثبتناه في المتن .

(٤) هذه الكلمة « كإرسال » غير واضحة . وراجع فيما تقدم « مسألة إرسال الطلقات الثلاث جملة حرام » رقم ٤٦ ص ١١١ - ١١٣ .

الجواب :

قوله : سبب حقها هو الموت ولم يوجد - قلنا : الموت وإن لم يوجد ، ولكن وجد سببه وهو المرض ، والمرض سبب سبب الإرث ، فيضاف الإرث إليه بواسطة ، وإبطاله ممنوع عنه ، لأن مرض الموت إذا كان سببا ، كان النكاح شرطا للإرث ، فأبطاله يكون حراما - لما مر .

قوله : قصدا أم ضمنا - قلنا : وإن كان ضمنا ولكن أمكن إثبات حقها بأن نقول : يبطلان النكاح فيما يرجع إلى حق الزوج ، وبقاء النكاح فيما يرجع إلى حق المرأة - بخلاف إعتاق العبد المرهون والمشترك ، فإنه لا يمكن .

قوله : هذا إبطال سبب اتصل به حكمه أم لم يتصل ؟ قلنا : سواء اتصل به حكمه أم لم يتصل ، فأبطال سبب حق الإنسان ممنوع ، لكونه إضرارا .

وأما إذا قال لعبد : إذا جاء غد فأنت حر - فهذا ليس بسبب في الحال ، بل عند وجود الشرط - على ما عرف .

قوله : لم قلتم بأنه لم يترتب عليه حكمه ؟ - قلنا : لأنه إضرار .

أما فصل الحد^(١) - فتخرجه ما مر في مسألة نكاح الأخت^(٢) .

وإنما لا يرث الزوج ، لأن النكاح ارتفع في حقه ، لأنه رضى به .

أما إذا طلقها بسؤالها ، فقد رضيت ببطلان حقها ، فيطلل .

وأما إذا انقضت العدة - قلنا : ثمة لم يكن القول ببقاء النكاح أصلا ، لارتفاع أحكامه - أما ههنا بخلافه .

(١ - ٢) المقصود بـ « فصل الحد » قوله فيما تقدم (ص ١٢٤) قبل الجواب : « ... بدليل أنه لو وطئها يجب عليه الحد » - وراجع فيما تقدم ص ٩٢ - ٩٤ مسألة « نكاح الأخت في عدة الأخت عن طلاق بائن لا يجوز » .

وأما الطلاق في حال الصحة إنما يقع ، لأنه ليس بقاطع لحقها في الإرث .
والله أعلم .

٢/٤٥

٥٢ — مسألة: إذا قال / لامرأته قبل أن يدخل بها : إن دخلت الدار فأنت طالق وطاق وطاق - فدخلت الدار قبل الدخول بها ، لا يقع إلا تطليقة واحدة .

والوجه فيه - أنه علق الثلاث بالشرط بحرف الواو للجمع المطلق فعلا . والجمع المطلق قد يكون بصفة الترتيب ، وقد يكون بصفة القران عرفا . كما إذا قال : جاءني زيد وعمر وبكر ، فإنه يستعمل للقران والترتيب جميعا .

فعلى تقدير أن يكون للقران يقع الثلاث ، وعلى تقدير أن يكون للترتيب لا يقع إلا واحدة ، فلا يقع الثلاث بالشك . كما إذا قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق .

فإن قيل : لا نسلم بأن المذكور ههنا يحتمل الترتيب ، وهو لأن التعليق للنزول عند الشرط ، ونزول الثلاث بصفة الترتيب غير متصور ، فلا يحتمل الترتيب في التعليق - بخلاف قوله ثمة ، فإنه ليس بتعليق الثلاث بل هو تعليق الواحدة .

ولئن سلمنا أن المذكور يحتمل الترتيب ، ولكن إنما يبقى احتمال الترتيب إذا لم يكن القران مرادا ، وههنا صار القران مرادا ، بدلالة اللفظ ، لأنه يتوقف أول الكلام على آخره - دل عليه أنه لو قدم الجزاء بأن قال : أنت طالق وطاق وطاق إن دخلت الدار - صار القران مرادا ، لما ذكرنا - كذا هذا .

ولئن سلمنا أن احتمال الترتيب قائم - ولكن لم قلتم بأنه معتبر ، وإنما يكون معتبرا إذا لم يكن مخلا بغرضه ، وإنه مخل بغرضه ، لأن غرضه من تعليق الثلاث نزول الثلاث عند الشرط مطلقا ، والترتيب يمنع غرضه ، فلا يعتبر .

ولئن سلمنا أنه معتبر ، ولكن لم قلتم بأنه لا يقع الثلاث . وهذا لأنه عطف الثاني والثالث على الأول ، والعطف يقتضى الاشتراك ، فصار كما إذا قال لها : إن دخلت الدار

فأنت طالق واحدة ونصف واحدة ، فدخلت - يقع ثنتان .

وكذا لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ، لا بل اثنتين ، فدخلت يقع الثلاث .

أو فرق في ثلاثة أيام ، يقع الثلاث - كذا هذا .

الجواب :

١/٤٦ قوله : / بأن نزول الثلاث بصفة الترتيب غير متصور ، فلا يحتمل الترتيب في التعليق - قلنا : تعليق الثلاث يقتدر إلى احتمال النزول في الجملة لا إلى النزول لا محالة . بدليل أنه لو قال : إن كلمت فلانا فأنت طالق يصح ، وإن مات فلان . واحتمال النزول ههنا ثابت في الجملة ، حتى لو دخل بها ثم دخلت الدار يقع الثلاث وذلك يكفي لصحة التعليق .

قوله : توقف أول الكلام على آخره - قلنا : لا نسلم . وظاهر أنه لم يتوقف بدليل أنه لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق - لا يتوقف أول الكلام على آخره ، بخلاف ما إذا قدم الجزء لأنه تعين أول كلامه أصلا وإنه تنجيز ويصير تأخير تعليقا .

قوله : احتمال الترتيب محل بغرضه - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الغرض من تعليق الثلاث نزول الثلاث . وذلك على نوعين : أحدهما - أن نزول الثلاث عند الشرط قبل الدخول بها . والثاني - بعد الدخول بها فلا يحل بالغرض ، لأنه قد يقصد نزول الثلاث على تقدير الدخول بها .

قوله : بأن العطف يقتضي الاشتراك - قلنا : يقتضي الاشتراك المطلق ، وهو أن يشارك الثاني الأول بأن يتعلق بعين ما يتعلق به الأول .

وأما قوله : واحدة ونصف واحدة بمنزلة قوله « ثنتان » لا أن يكون عطف النصف على الواحدة .

وأما إذا قال واحدة لا بل اثنتين - قلنا : هذا ليس بعطف وجمع ، بل هو رجوع
عن الأول - أما ههنا بخلافه .

٥٣ - مسألة : إذا قال لامرأته : « أنا منك طالق » لا يقع الطلاق ، وإن نوى ،
خلافاً له .

وأجمعوا على أنه لو قال : « أنا منك بائن » أو « أنا عليك حرام » : إذا نوى ،
يقع .

والوجه فيه - أن حكم الطلاق لو ثبت في المرأة لا يخلو : إما أن يثبت ابتداءً أو بناءً
على ثبوته في الرجل :

لا وجه للأول - لأنه ما أضاف الطلاق إلى المرأة .

ولا وجه للثاني - لأنه لم يثبت حكم الطلاق في الرجل ، لأن حكم الطلاق زوال
القيد / ولا قيد على الرجل ، فلا يثبت بناءً . ٢/٤٦

فإن قيل : لا نسلم بأنه لا يثبت حكم الطلاق في المرأة ابتداءً .

قوله : ما أضاف الطلاق إلى المرأة - قلنا : حقيقة أم مجازاً ؟ م ع . وبيان المجاز
من وجهين :

أحدهما - أن يجعل قوله « أنا منك طالق » مجازاً عن قوله « أنا منك بائن » .

والثاني - أن يجعل مجازاً عن قوله « أنت منى طالق » لما بينهما من الاتصال .

ولكن سلمنا أنه لا يثبت حكم الطلاق في المرأة ابتداءً ، لم قلتم بأنه لا يثبت بناءً ؟ .

قوله : حكم الطلاق لا يثبت في الرجل ، لأنه إزالة القيد - قلنا : هذا كل حكم
الطلاق أم بعضه ؟ م ع . وهذا لأن حل الاستمتاع أيضاً من أحكام الطلاق ، وإنه
ثابت في الرجل للمرأة بالنكاح .

ولئن سلمنا أن هذا كل حكم الطلاق ، ولكن لم قلتم بأنه لا قيد على الرجل ؟ -
وبيانه : وهو أنه مقيد بسبب الإنفاق عليها ، محجور عن التزوج بأختها وأربع سواها وعن
التزوج بمحارمها وعن نكاح الأمة عليها .

الجواب :

قوله : طريق المجاز موجود بين اللفظين - قلنا : لا نسلم بأن ما ذكره من الوجهين
طريق المجاز .

ولئن سلمنا أنه وجد طريق المجاز - ولكن إنما يحمل اللفظ على المجاز إذا تعذر
حملة على الحقيقة . وههنا أمكن حملة على الحقيقة ، لأن قوله « أنا منك طالق » إخبار
عن كونه منطلقاً عن قيدها ، وهو صادق فيه ، لأنه لا قيد عليه منها ، فلا حاجة إلى
المجاز .

قوله : هذا كل حكم الطلاق أم بعضه ؟ قلنا : الجواب عنه ما مر في مسألة إضافة
الطلاق (١) .

قوله : لم قلتم بأن قيد النكاح والحجر غير ثابت في الرجل ؟ قلنا : لأن الدليل ينفي
القيد على الحر ، إلا أننا توافقنا على ثبوت القيد في جانب المرأة ، فقيماً عداها متمسك
بقضية (٢) الدليل .

قوله بأنه مقيد بما ذكر من الأحكام - قلنا : المعنى من القيد أن يكون عاجزاً عن
الانطلاق ، والرجل غير عاجز عن الانطلاق ، لأنه قادر على (٣) إزالة هذه القيود ،
لأن الطلاق في يده ، ولا كذلك المرأة / ، لعجزها عن تطليق نفسها شرعاً .

والله أعلم .

(١) راجع فيما تقدم : مسألة إضافة الطلاق ، رقم ٤٤ ص ١٠٥ - ١٠٧ .

(٢) في الأصل كذا : « بقيضه » .

(٣) في الأصل : « عن » وفي مختار الصحاح : « قدر على » وفي القرآن الكريم ﴿ لا يقدر

على شيء ﴾ النحل : ٧٥ و ٧٦ وغيرها .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٩)

٥٤ - مسألة:ظهار الذمى لا يصح حتى لا يحرم الوطء أصلا .

والوجه فيه - أن حرمة الوطء لو ثبتت موجبا للظهار في حق الذمى - إما أن تثبت مطلقا ، أو مؤقتا إلى غاية التكفير بالصوم .

لا وجه للأول - لأن الظهار ، حيث شرع ، ما شرع على وجه يفيد حرمة الوطء أصلا ، بل مؤقتا .

ولا وجه للثاني - لأن الذمى ليس بأهل للتكفير بالتحريم^(١) ، لأن خَلَفَهُ الصوم^(٢) ، والصوم عبادة ، والذمى ليس من أهل العبادة ، لأن حكم العبادة الثواب ، وهو ليس من أهله .

فإن قيل : قولكم بأنه لا يثبت حرمة الوطء في حق الذمى مطلقا - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن الظهار ما شرع على وجه يفيد الحرمة مطلقاً لا مؤقتا - قلنا : في حق الذمى أم في حق المسلم ؟ ع م .

ولئن سلمنا أنه لا يثبت مطلقا - لم قلتم إنه لا يثبت مؤقتا إلى غاية التكفير ؟ .

قوله : الذمى ليس بأهل لذلك - قلنا : ليس بأهل لتحريم هو عبادة أم لتحريم ليس بعبادة ؟ م ع وهذا لأن الكافر أهل للتحريم حتى يثبت له الولاية ، وإن لم يكن أهلا لخلفه وهو الصوم ، كما هو أهل للوضوء دون التيمم .
ولئن سلمنا أنه ليس بأهل للتحريم - لم قلتم بأنه ليس بأهل للصوم ؟ .

(١) قال تعالى في سورة المجادلة : ٣ ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية ﴾ وتحرير الرقية عقبا - مختار الصحاح والمعجم الوسيط - راجع ، السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣١٧ وما بعدها ، إذ قال : ومن شرائط صحة الظهار أن يكون المظاهر مسلما - انظر الهامش التالى .

(٢) قال تعالى : ﴿ فمن لم يجد (رقية ليحررها) فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ... ﴾ المجادلة : ٤ - راجع فيما تقدم الهامش ١ .

قوله : الصوم عبادة - قلنا : لم قلتم بأن هذا الصوم عبادة ؟ .

ولكن سلمنا أنه عبادة ، ولكن لم قلتم بأنه ليس بأهل لها ؟ .

قوله : حكم العبادة الثواب - قلنا : حكم هذه العبادة لا نسلم ، بل حكمها انتهاء حرمة الظهر .

ولكن سلمنا أن حكمها الثواب ولكن ثواب هو الجنة أم تكفير ذنب الظهر ؟ ع م . ولكن الذمى أهل لتكفير ذنب الظهر لأن الظهر كان طلاقاً في الابتداء ، والذى أهل للطلاق ، ولأننا أجمعنا على أن المسلم إذا ظاهر من امرأته ثم ارتد يبقى الظهر ، حتى لو كفر ثم أسلم يجوز . ولأنه أهل للإبلاء^(١) .

٢/٤٧

/ الجواب :

قوله : حرمة الظهر لا تثبت مطلقاً في حق المسلم أم في حق الذمى - قلنا : هذا التقسيم ضائع ، لأن حكم الظهر في ذاته لا يختلف بالإضافة إلى شخص دون شخص - دل عليه أنه لا يزيل ملك النكاح بالإجماع ، فلا يفيد الحرمة المطلقة .

قوله : الذمى ليس بأهل لتحرير هو عبادة أم لتحرير ليس بعبادة^(٢) - قلنا : الذمى ليس بأهل للتحرير الذى ينتهى به الحرمة . وإذا لم يوجه ينتهى بالصوم . ويقوم الصوم مقامه ، لأنه حكم الظهر حرمة تنتهى بوجود الصوم عند انعدام الرقة والذى ليس بأهل لذلك .

قوله : لم قلتم بأن هذا الصوم عبادة - قلنا : لأن الصوم لم يشرع إلا عبادة مقرونة بنية التقرب إلى الله تعالى ، وإنه ليس بأهل له .

قوله : لم قلتم بأن حكم هذه العبادة الثواب - قلنا : لأن كل صوم سبب لاستحقاق

(١) الإبلاء في اللغة البين ، وفي الشرع عبارة عن البين على ترك الوطء في الزوجة مدة مخصوصة (أربعة أشهر) ، بحيث لا يمكنه الوطء إلا بحث يلزمه بسبب البين . ويجوز الإبلاء من الذى أيضاً - انظر السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٠٥ وما بعدها .

(٢) في الأصل كذا : « بعباد » .

الثواب بقضية النصوص .

قوله : ثواب هذه العبادة تكفير ذنب الظهر - قلنا : تكفير الذنب لا يكون ابتداء ، بل بواسطة كونه سببا للثواب ، حتى يصير ما استحقه من الثواب مقابلا بما استحقه من العقاب .

قوله : حكم الظهر كان طلاقا في الابتداء - قلنا : بلى ، ولكن قد انتسخ ذلك في حق المسلم والذمي جميعا بالإجماع .

وأما إذا ظاهر ثم ارتد : فعند أبي يوسف ومحمد بطل الظهر . وعند أبي حنيفة لا يبطل الظهر ، لأنه صح لشروطه ، وهو الإسلام ، والردة لا تمنع بقاءه . وأما صحة التكفير عند أبي حنيفة لا يصح (١) .

وأما الإيلاء [ف] يصح في حق الطلاق لا في حق الكفارة (٢)

٥٥ - مسألة: المختلعة (٣) يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة (٤) .

والوجه فيه - أنه قصد إيقاع التصرف تطليقا ، في محل قابل للتطبيق ، فوجب أن يقع ، قياسا على ما بعد الطلاق الرجعي .

وبيان أنه قصد - أن صحة القصد ثابتة . ودليل القصد ثابت ، وهو الإقدام .

وبيان أن المحل قابل - لأن المحل القابل للتطبيق محل فيه قيد النكاح ، وقيد النكاح

(١) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣١٦ وما بعدها .

(٢) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣٠٥ وما بعدها .

(٣) خالعت المرأة بعلمها أرادته على طلاقها ببدل منها له . فهي خالع . وقد تمخّلا واختلعت فهي مُختلعة - مختار الصحاح . وانظر السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٢٩٩ وما بعدها .

(٤) قال أستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم في « أحكام الأحوال الشخصية » طبعة ١٩٢٥ في آخر البند ٤٥١ ص ٣١٠ : « ٤ - والمختلعة يلحقها صريح الطلاق عند أصحابنا خلافا للأئمة الثلاثة » .

قائم ، لأن أثره قائم ، وهو المنع من الخروج والتزوج بزواج آخر / .

١/٤٨ فإن قيل : لا نسلم بأن المحل قابل .

قوله : لأن أثره قائم ، وهو المنع من الخروج - قلنا : لا نسلم بأن هذا أثر قيد النكاح بل هو حكم الوطاء .

ولئن سلمنا أن الأثر قائم -- ولكن لم قلتم بأن المؤثر قائم ؟ .

ولئن سلمنا أن قيام هذا الأثر يدل على بقاء قيد النكاح ، ولكن الخلع يدل على زواله بأبلغ الوجوه .

والدليل على زواله الأحكام :

منها - وجوب الحد إذا وطئها .

ومنها - إذا قال : كل امرأة لي طالق ، لا يدخل المختلعة .

ولو قال لامرأته : كل امرأة أتزوجها عليك طالق - فخالعها ، ثم تزوج ، لا يحث .

ولئن سلمنا أن قيد النكاح قائم ، ولكن حقا للشرع أم حقا للعبد ؟ م ع . والدليل على أنه حق للشرع أنه لا يسقط بإسقاطه ، والقيد الثابت لحق الشرع لا يكون محلا للطلاق ، كما في النكاح الفاسد . وصار هذا كما إذا قال لها : « أنت بائن » فإنه لا يلحقها .

الجواب :

أما الجواب عن الأول والثاني - ما مر في مسألة نكاح الأخت (١) .

وكذلك الجواب عن مسألة الحد (٢) .

وأما مسألة الطلاق - قلنا : أضاف الطلاق إلى امرأة مضافة إليه مطلقا ، فيقتضى قيام النكاح ، في حق جميع الآثار .

وكذلك المسألة الثالثة ، لأن شرط الطلاق الزوج عليها مطلقا .

وأما قوله : بقى حقا للشرع أم حقا للعبد - قلنا : حقا للعبد لا وسيلة إلى حقه وهو الولد . إلا أنه تأكد لحق الشرع ، حتى لا يزول بإزالة الزوج .

وأما إذا قال لها : « أنت بائن » - قلنا : هذا يقتضى قيام وُصْلَةٍ (١) النكاح والحل الثابت بالنكاح ، وقد زالت الوُصْلَة وفات الحل بالخلع ، فلا يصح للإبانة والتحريم .

أما الطلاق - [ف] يقتضى قيام القيد ، وإنه قائم - على ما مر .

٥٦ - مسألة: إذا قال الرجل لامرأته : « طلقى نفسك واحدة » فطلقت ثلاثا - لا يقع شيء .

والوجه فيه - أن المأثى (٢) / به غير ما فوض إليها فيلغو . كما إذا قال لها : « طلقى نفسك » - فقالت « اخترت نفسى » ، وإنما قلنا ذلك ، لأن المفوض إليها واحدة مفردة مقصودة وإنها أتت بواحدة ، هى بعض الثلاث ، وتبع لها ، والواحدة التى هى بعض الثلاث ، غير الواحدة المفردة المقصودة ، فكان المأثى به غير ما فوض إليها ، فلا يقع .

فإن قيل : قولكم بأن المفوض إليها واحدة مفردة وأنها أتت بواحدة هى بعض الثلاث - قلنا : لا نسلم بل المفوض إليها واحدة مطلقة ، لأنه أطلق اللفظ إطلاقا ، والمطلق يتناول الواحدة المفردة والواحدة التى هى بعض الثلاث ، كاسم الرقية (٣) يتناول الهندية والتركية .

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ١٢٠ .

(٢) الإتيان المجيء . قال تعالى : ﴿ إنه كان وعده مأثيا ﴾ مريم : ٦١ أى آتيا . ونقول : أتيت الأمر من مأثاه يعنى من وجهه الذى يؤتى منه ، وأتى الأمر فعله - مختار الصحاح والمعجم الوسيط .

(٣) الرقية العُتُق . وجعلت فى التعارف اسما للمملوك أو المكاتب تقول : أعتق رقية : عبدا أو أمة - المعجم الوسيط ومختار الصحاح .

ولئن سلمنا أنهما متغايران هـ ، ولكن وصفا أم ذاتا ؟ م ع . فلم قلتم بأن المغايرة وصفا تمنع وقوع الطلاق ؟ .

والدليل على أنه لا تمنع أنه لو قال لها : طلقى نفسك ثلاثا ، فطلقت واحدة ، يقع .

ولئن سلمنا أن المغايرة في الوصف مانعة ، ولكن هذا تغاير يخل بغرض الأمر أم لا ؟ ع م . وهذا لأن غرضه إيقاع الطلقة الواحدة ، وأنه حاصل بتلك الواحدة وبهذه ، لاتحاد أحكامهما ، كما إذا وكله ببيع عبده بألف ، فباعه بثلاثة آلاف .
ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أنه لا يقع ، ولكن ههنا دليل آخر يأتي ذلك ، وذلك أنا أجمعنا على أنه لو طلق زوجته ألفا ، يقع ثلاثا ، وإن كان الزوج ملكه الشرع ثلاثا .

وكذلك لو قالت في هذه المسألة : « طلقت نفسي واحدة وواحدة » يقع واحدة - كذا هذا « إذ (١) الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع .

وكذا إذا أمر إنسانا أن يضرب عبده سوطا ، فضربه ثلاثا فمات ، سقط عنه ثلثا (٢) القيمة .

الجواب :

قوله : المفوض إليها واحدة مطلقة - قلنا : المفوض إليها واحدة مقصودة مفردة ، وهي غير الواحدة التي هي بعض الثلاث ، فلا يقع .

قوله : تغايرا ، وصفا أم ذاتا ؟ - قلنا : وإن تغايرا وصفا ، ولكن التغاير من حيث الوصف يمنع النفاذ ، لأنه غير ما أمر به وصفا ، فلا يتناوله الأمر ، بخلاف ما إذا قال : « طلقى نفسك ثلاثا » فطلقت واحدة ، لأن الثلاث صارت مملوكة لها ، فإذا أتت بالواحدة ، فقد أوقعتها عن ملك .

(١) في الأصل : « إذا » .

(٢) يظهر أنها كانت : « ثلث » ثم جعلت « ثلثا » .

قوله : هذا تغاير يخل بغرض الأمر أم لا ؟ - قلنا : يخل بغرضه ، لأنه لا يخلو : إما أن تقع الواحدة مقصودة ، أو تبعا للثلاث - لا وجه للأول ، لأنها ما أتت بها . ولا وجه للثاني ، لأن^(١) الواحدة التي هي تبع للثلاث لا يتصور وقوعها بدون الثلاث ، إذ لو وقع [ت] بدون الثلاث تقع^(٢) مقصودا ، بخلاف التوكيل ، لأنه مخالفة إلى خير . أما إذا طلقها ألفا ، فقد أتى بالثلاث مقصودا لا تبعا للألف ، لأنه إنما يكون تبعا أن لو كان الألف مشروعا ، كما إذا طلقها ثلاثا وتكلم بكلمة لغو بعده .

وأما إذا قالت : « طلقت نفسى واحدة وواحدة » لأنها إذا أتت بالواحدة ، انتهى الأمر ، فيلغو^(٣) كلامها بعده .
والله أعلم .

٥٧ - مسألة : قال أبو حنيفة وأبو يوسف : المعتدة عن طلاق رجعى إذا كانت أيام حيضها دون العشرة ، فانقطع الدم في أثناء الحيضة الثالثة ، لا تنقطع الرجعة بمجرد التيمم ، خلافا للباقيين^(٤) .

والوجه فيه - أن انقطاع الرجعة معلق بشرط حصول الطهارة ، ولم تحصل الطهارة بمجرد التيمم ، فلا تنقطع ، قياسا على ما قبل التيمم .

وإنما قلنا ذلك - لأن انقطاع الرجعة معلق بانقضاء العدة ، وانقضاء العدة معلق بالخروج عن الحيضة الثالثة ، والخروج عن الحيضة الثالثة معلق بحصول الطهارة ، ولم تحصل الطهارة ، لأن كون التيمم طهارة معلق بشرط عدم الماء إلى آخر الصلاة ، ولم يوجد هذا الشرط ، فأنعدمت الطهارة .

(١) في الأصل : « لأنه » .

(٢) « تقع » غير واضحة في الأصل .

(٣) في الأصل كذ : « فيلغوا » .

(٤) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٢٦٤ وما بعدها . وفيه (ص ٢٦٥ - ٢٦٦) :

« وعند محمد وزفر : تنقطع - والمسألة معروفة » .

فإن قيل : قولكم بأن كون التيمم طهارة معلق بشرط عدم الماء إلى آخر الصلاة - قلنا : لا نسلم .

وهذا لأنه لو كان كذلك ، يؤدي إلى إنسداد باب الصلاة بالتيمم ، لأنه لا صلاة إلا بالطهارة .

والدليل على أن التيمم طهارة مطلقاً ، / الكتاب ، والسنة ، والمعقول ، والحكم .

أما الكتاب - قوله تعالى : ﴿ فلم تجدوا ماء فتيمموا (الآية) ﴾ ^(١) .

وأما السنة - قوله عليه السلام : « التراب طهور المسلم » ^(٢) .

وأما المعقول - أن التيمم تخلف الماء ، وللتخلف حكم الأصل .

وأما الأحكام - أجمعنا على أنه يباح له قراءة القرآن ، ومس المصحف ، ودخول المسجد .

وصار كما إذا اغتسلت بسور الحمار ^(٣) ، أو اغتسلت ^(٤) وبقي لُمة ^(٥) لم يصبها الماء ، فإنه تنقطع الرجعة . وكالكتاية إذا انقطع دمها ولم تجد الماء .

(١) النساء : ٤٣ . والمائدة : ٦ : ﴿ أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا ﴾ : وفي الأصل : « فإن لم تجدوا ... » .

(٢) في بلوغ المرام ، رقم ١٠٧ ص ١٨ : « عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « ... وجعلت لى الأرض مسجدا وطهورا فأبما رجل أدركته الصلاة فليصل » وفي حديث حذيفة عند مسلم : « وجعلت تربتها لنا طهورا إذا لم نجد الماء » وعن علي عند أحمد : « وجعل التراب لى طهورا » . وانظر : سبل السلام ، ١ : ١٥١ وما بعدها .

(٣) من السور المشكوك في طهارته سور الحمار والبغل في جواب ظاهر الرواية ، وعن الكرخي أن سورهما نجس . وقال الشافعي : طاهر - السمرقندى ، التحفة ، ١ : ١٠٣ . وانظر ما بلى والهامش ١ ص ١٣٨ .

(٤) في الأصل : « لو اغتسلت » .

(٥) اللُمة الموضع لا يصبه الماء في الوضوء أو الغسل والجمع لُمة وليجاع - المعجم الوسيط .

ولئن سلمنا أن كونه طهارة معلق بما ذكرتم ، ولكن الكلام فيما إذا وجد ذلك الشرط ، بأن تيممت وصلت ، ولم تجد الماء ، وكان الزوج راجعها قبل الصلاة .

الجواب :

أما قوله : كون التيمم طهارة معلقا بشرط عدم الماء ، إلى آخر الصلاة ، يؤدي إلى انسداد باب الصلاة بالتيمم - قلنا : حكمتنا بحصول الطهارة قبيل الشروع في الصلاة ، على خلاف الدليل ، لأن الدليل ينفي كون التيمم طهارة ، لأن الحدث قائم به مع التيمم ، بدليل أنه إذا رأى الماء في خلال الصلاة يظهر حكم الحدث .

أما الآية - قلنا : يجري التيمم مقيدا بحالة الصلاة .

وكذا الحديث - على أنه مقيد بعدم الماء ، ولا يتحقق العدم إلا بعد الفراغ من الصلاة ، لما ذكرنا .

قوله : بأن التيمم تخلف عن الماء - قلنا : بلى - ولكن بشرط عدم الماء إلى آخر الصلاة ، لما ذكرنا .

وأما الأحكام فممنوعة : ولئن سلمت ، فلحصول الطهارة في حق الصلاة ضرورة . وهذه الأحكام من لوازم الصلاة .

وأما سور الحمار - فمشكوك في طهارته لتعارض الأدلة ، فرجحنا جانب انقطاع الرجعة احتياطا . (١)

(١) قال في التحفة ، ٢ : ٢٦٤ - ٢٦٥ : « ولو اغتسلت بسور حمار : فلا تصح الرجعة ولا تحل للأزواج ، لأن سور الحمار مشكوك فيه . فكان الاحتياط في باب الحرمة أن لا تصح الرجعة ، ولا تحل للأزواج .

ولو اغتسلت وبقي في بدنك عضو ، كانت له الرجعة . وإن كان أقل من عضو فلا رجعة . وهذا استحسان ، والقياس أنه إذا بقي أقل من عضو أن تبقى الرجعة ، لأن الحدث باق ، حتى لا تحل لها الصلاة . هكذا روى عن أبي يوسف ، وقال محمد : الاستحسان في العضو أنه لا تنقطع الرجعة ، والقياس أنه تنقطع كما في المضمضة والاستنشاق - إلا أنهم استحسنا وقالوا : لا تنقطع الرجعة لأن وجوب غسل العضو مجمع عليه ، فلا يكون الاعتسال معتبرا معه ، كما لو زاد على العضو » .

وأما إذا بقي لُئمة - قلنا : يحتمل أنه أصابها الماء ثم جف .

وأما الكتائية - فالتيمم ما جعل طهوراً في حقها أصلاً ، لأنه لا يصح بدون النية ، وهي ليست بأهل للنية .

قوله : الكلام فيما إذا وجد هذا الشرط ، وهو عدم الماء إلى آخر الصلاة - قلنا :

بلى ، ولكن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ، كالطلاق/المعلق بدخول الدار . ١/٥٠ . والله أعلم .

٥٨ - مسألة : قال أبو حنيفة وأصحابه : العدتان ^(١) تتداخلان ، وهو مذهب معاذ بن جبل وجابر بن عبد الله .

وقال الشافعي : لا يتداخلان - وهو مذهب عمر وعلى .

وهي ما إذا وطئت المنكوحة بشبهة حتى وجبت عليها العدة ، ثم طلقها الزوج حتى وجبت عليها عدة أخرى - انقضت بعدة .

والوجه فيه - أن العدة الواحدة تسد مسد العدد في حق استيفاء المصلحة المطلوبة من العدة ، فوجب أن يكتفى بالواحدة ، قياساً على الحدود وآجال الديون .

وإنما قلنا ذلك - لأن المصلحة المطلوبة من العدة تُعرف براءة الرحم وصيانة الماء المحترم عن الاختلاط ، تحصيلاً للولد الموثوق ^(٢) به : أنه منه ، والعدة الواحدة تصلح طريقاً لذلك ، بدليل شرعيتها له في سائر الصور .

فإن قيل : قولكم بأن المصلحة المطلوبة من العدة تُعرف براءة الرحم - قلنا : لا نسلم أن العدة وجبت لهذا المعنى - تدل عليه أنها تجب على الصبية والآيسة وإن لم يكن شغل رحم . وكذلك لو قال لامرأته : « إذا وضعت جميع ما في بطنك فأنت

(١) في الأصل كذا : « العدتان » - انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣٦٦ - ٣٦٧ .

(٢) كذا تبدو .

طالق» ، فوضعت ، يقع عليها الطلاق وتجب العدة ، وإن حصل فراغ الرحم بالكلية .

ولئن سلمنا أن العدة وجبت لهذا المعنى ، ولكن له فقط أم له وبغيره ؟ م ع . ولكن لم قلتم بأن ذلك الغرض الآخر يحصل بالواحدة ؟ .

والدليل على أن العدة ما وجبت لما ذكرتم فقط ، أنه لا يكتفى بالحیضة الواحدة - ولو كان ما ذكرتم كل الغرض ، لاكتفى به كما في الاستبراء^(١) .

ثم نقول : ما ذكرتموه قياس ، والعدد من جملة المقدرات المنصوصات ، فلا تعرف بالقياس .

الجواب :

قوله : لم قلتم إن العدة وجبت لهذا المعنى - قلنا : لأنه مناسب .

وأما الصبية والآيسة - قلنا : الصبية التي تحتل الوطاء / تحتل العُلوق^(٢) . وكذلك الآيسة : احتمال العُلوق فيها ثابت ، لوجود دليل هـ الشغل والعُلوق ، وهو الوطاء : إقامة للسبب مقام المسبب . ٢/٥٠

وأما إذا قال لها : إن وضعت جميع ما في بطنك فأنت طالق - قلنا : إنما يقع الطلاق إذا علمت أنها وضعت جميع ما في بطنها قطعاً ، وذلك بمضى ستة أشهر من مدة^(٣) الولادة .

(١) عن أنى سعيد رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال في سبایا أوطاس : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا غیر ذات حمل حتى تحيض حیضة » أخرجه أبو داود وصححه الحاكم - والحديث دليل على أنه يجب على السائى استبراء المسیة إذا أراد وطأها ، بحیضة إن كانت غیر حامل ليتحقق براءة رحمها وبوضع الحمل إن كانت حاملاً . وقیس على غیر المسیة المشتراة والمتملكة - بأى وجه من وجوه التملك بجامع ابتداء الملك ... » انظر : سبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٥٤ ، ص ١١٤٥ - ١١٤٦ .

(٢) غَلِقَت المرأة حَبِلَت . غَلِقَتْ غَلَقًا وَغَلَاةً وَغُلُوقًا - مختار الصحاح والمعجم الوسيط .

(٣) كذا تبدو « مده » .

قوله : وجبت العدة لما ذكرتم فقط أم له ولغيره ؟ قلنا : له فقط ، لما ذكرنا .

قوله : لا يكتفى بالحیضة الواحدة - قلنا : لأن تعرف براءة الرحم بالحیضة الواحدة لا يكون مثل التعرف الحاصل بثلاث حیض في غلبة الظن ، والشرع اكتفى بالحیضة الواحدة في الأمة وشرط الثلاث في الحرة تعظيماً لخطر الحرة .

قوله : العدة من باب المقدرات - قلنا : نعم ، ولكن لا ينفي ذلك كونه بالقياس . على أن الدليل ينفي وجوب العدة إلا أنا توافقنا على وجوبها لتحصيل هذا الغرض ، ففيما عداه نتمسك بالدليل .

٥٩ - مسألة : الأقراء الحيض^(١) دون الأطهار .

والوجه فيه - أن المقصود من العدة الواجبة بالنص تعرف براءة الرحم وصيانة الماء المحترم عن الاختلاط ، فوجب حمله على ما يحصل هذا الغرض وهو الحيض ، قياساً على الاستبراء^(٢) .

ولما قلنا إن المقصود هذا - لأننا أجمعنا على أن الطلاق قبل الدخول لا يوجب العدة ، لعدم الشغل ، وبعد الدخول يوجب : علم أنها واجبة لهذا الغرض .

ولما قلنا إن الحيض يحصل لهذا الغرض - لأن الحيض هو الذي يدل على براءة الرحم وفراغه ، لأن الحيض والشغل لا يجتمعان ، والطهر والشغل يجتمعان .

فإن قيل : قولكم بأن المقصود من العدة تعرف براءة الرحم - قلنا : لا نسلم . وبيانه ما مر في المسألة المتقدمة^(٣) .

ولكن سلمنا أنها شرعت لهذا ولكن لم قلتم إن الحيض يحصل لهذا الغرض ؟

(١) حاضت المرأة محيضاً فهي حائض وحائضة أيضاً عن الفراء . والحیضة المرة الواحدة . والحیضة الاسم والجمع الحيض - مختار الصحاح .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٤٠ .

(٣) راجع فيما تقدم المسألة رقم ٥٨ ، ص ١٣٩ - ١٤١ .

قوله : بأن الدال على البراءة هو الحيض - قلنا : لا نسلم ، ولا نسلم بأن الحيض والحمل/لا يجتمعان ، بل يجتمعان على أصل الشافعي . ١/٥١

ولئن سلمنا أن الحيض يحصل هذا الغرض - ولكن لم قلتم بأن هذا الغرض لا يحصل بالطهر ؟ .

بيان ذلك - أن المشروط ليس مطلق الطهر ، بل طهر يكون بعد الحيض ، ومثله يدل على براءة الرحم .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أن القرء حيض ، ولكن ههنا دليل آخر يأتي ذلك ، وذلك أن الله تعالى ذكر القرء ، والقرء هي (١) الأطهار جمع قرء ، أما الحيض فهي الأقراء جمع قرء - قال القائل :

مُورِثَةٌ مَالًا وَفِي الْحَمْدِ رِفْعَةً .. لِمَا ضَاعَ فِيهَا مِنْ قُرُوءِ نَسَائِكَا (٢)

يعنى أطهار نسائك . وأما في الحيض : قال عليه السلام : « دعى الصلاة أيام أقرائك » أى حيضك . ونقل عن ابن عمر : لعدتهن أى لأطهار عدتهن . ولأن ما ذكرتم أطول عليها وأبعد .

الجواب :

أما السؤال الأول - فالجواب عنه ما مر في المسألة المتقدمة (٣) .

قوله : الحيض والحمل يجتمعان - قلنا : هذا إنكار العادة والشرعة ، لأن ما ترى

(١) في الأصل : « هو » . وفي اللسان في « مادة قرأ » : والقرء والقرء الحيض ، والطهر ضد . وذلك أن القرء الوقت فقد يكون للحيض والطهر .

(٢) هذا البيت ورد في اللسان . وفي ديوان الأعشى الكبير في مدح هُوَذَةَ بن علي الحنفي - راجع : ديوان الأعشى الكبير ميمون بن قيس شرح وتعليق الدكتور م . محمد حسين ، مكتبة الآداب بالجماميز ، ص ١١ البيث ٣١ من القصيدة وفي الأصل كذا :
مورثه مالا وفي الحى رفعه لما ضاع فيها من قرو نسايكَا

(٣) راجع فيما تقدم المسألة ٥٨ ص ١٣٩ - ١٤١ .

الحامل من الدم لا يكون حيضا ، لانسداد فم الرحم بالحمل .

قوله : بأن الطهر (١) الذى يحيط بطرفيه دم أمانة الفراغ - قلنا : هذه مغالطة ، لأن دليل الفراغ هو الدم لا نفس الطهر ، فالحيض بانفراده أمانة الفراغ ، والطهر بانفراده ليس أمانة الفراغ ، فكان حمله على الحيض أولى .

وأما المعارضات - قلنا : القراء في اللغة مشترك بين الطهر والحيض ، وجمعه قروء ، والأقراء جمع الجمع ، كقولنا شعر وشعور وأشعار ، فجاز استعمال واحد من الجمعين في الحيض والطهر جميعا .

وأما نقل ابن عمر - فمعارض بنقل غيره .

وأما تطويل العدة والبعد عن زمان الشروع - كل ذلك ثبت بالشرع ، فيجب الانقياد له

والله أعلم .

(١) في الأصل كذا : « الطهر » انظر بقية العبارة .

٦٠ — [مسألة (١)] : من ملك ذا رحم محرم منه ، يعتق عليه .

والوجه فيه - أن هذه قرابة واجبة الوصل (٢) ، فيفيد العتق عند الملك ، قياساً على قرابة الولاد (٣) .

وإنما قلنا : إن هذه قرابة واجبة الوصل - لأن صلة الرحم مأمور بها . قال الله تعالى : ﴿ واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ﴾ (٤) ، يعنى اتقوا الأرحام أن تقطعوها . وفي الحديث : « صلوا الأرحام » (٥) - أمر ، والأمر للوجوب - فثبت أن هذه قرابة واجبة الوصل ، فتفيد العتق عند الملك ، تحقيقاً لمعنى الصلة ، كما قلنا في قرابة الولاد (٦) .

فإن قيل : قوله بأن صلة الرحم مأمور بها - قلنا : لا نسلم .

وأما النصوص - قلنا : النصوص تقتضى إيجاب الصلة بجميع وجوه البر والإحسان أم ببعضها ؟ الأول - ممنوع ، ولا يمكن القول به ، لأنه لا نهاية له ، فيحمل على الأدنى ، (١) يلاحظ أنه لم يقل هنا « مسألة .. » فأضفناها نحن . وهذا الكتاب يحتاج - في بعض المواضع إلى مراجعة - فراجع : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٨٠ وما بعدها . والكاسانى ، البدائع ، ٤ : ٤٥ وما بعدها .

(٢) كذا تبدو بعد تعديل وستأتى أيضاً بعد قليل - يقال : وصل فلاناً وصلّاً وصلة ووصل حبله بفلان برة وأعطاه مالا ، ووصل رحمه أحسن إلى الأقربين إليه من ذوى النسب والأصهار وعطف عليهم ورفق بهم وراعى أحوالهم - المعجم الوسيط .

(٣) في المعجم الوسيط : ولدت الأنثى تلد ولداً - انظر فيما يلى الهامش ٥ .

(٤) النساء : ١ .

(٥) راجع : بلوغ المرام ، رقم ١٢٥١ و ١٢٥٢ ص ٢٢٦ .

(٦) يقال : ولدت المرأة ولداً وولادة - مختار الصحاح والمعجم الوسيط . قال السمرقندى في التحفة ، ٢ : ٤٠٧ : « وأجمعوا أنه إذا ملك الولد يعتق عليه - وهى من مسائل الخلاف » راجع فيما تقدم الهامش ٣ .

وهو نفقة القريب . والثاني - مسلم ، ولكن لم قلّم بأن هذا من جملة ذلك ؟ .
ولئن سلمنا أن النصوص تقتضي إيجاب الصلة بجميع الوجوه ، ولكن النصوص تتناول
كل الأرحام أم بعضها ؟ الأول - ممنوع ، ولا يمكن دعواه ، لأن القرابة البعيدة خارجة
عن قضية النصوص . والثاني - مسلم .

ولكن لم قلّم بأن هذه من ذلك البعض ، وهو القرابة القريبة كالولاد .
والدليل على أن هذه القرابة ملحقة بالقرابة البعيدة أن الشرع ألحقها بها في حق
حرمان القصاص والحبس بالدين وجواز الاستخدام بطريق الإجارة وجريان النفقة عند
اختلاف الدين والشهادة له وعليه وأداء الزكاة والكتابة .

ولئن سلمنا أن هذه للنصوص تتناول (١) جميع الأحكام - لكن تأثير هذا في إيجاب
الإعتاق عليه أو في وجود العتق من غير اختياره ؟ م ع . بيانه - أن النصوص تقتضي
إيجاب الصلة ، وإيجاب الصلة تقتضي إيجاب الإعتاق - ونحن نقول به .

١/٥٢ أما أن يثبت العتق من غير اختياره ، فلا يكون / هذا صلة منه .

ثم نقول : التعليل يخالف مذهبكم ، لأن هذا إشارة إلى أن (٢) العتق يثبت
بالقرابة ، وعندكم يثبت بفعل فاعل ، ولهذا لو اشترى أخاه نواباً عن كفارة يمينه جاز .
الجواب :

قوله : النصوص تقتضي إيجاب صلة الرحم بجميع وجوه البر والإحسان أم ببعضها ؟
قلنا : الصلة بطريق العتق مراد بقضية هذه النصوص ، بدليل أنه مراد في قرابة الولاد ،
لإطلاق النصوص .

قوله : النص تناول كل الأرحام أم بعضها ؟ قلنا : كلها (٣) ، لأنه ذكر بالألف

(١) في الأصل : « تناول » وفيما سبق « تتناول » .

(٢) « أن » غير واضحة .

(٣) « كلها » غير كاملة في الأصل .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ١٠)

واللام ، فينصرف إلى الجنس . وأما القرابة البعيدة كبنى الأعمام - قلنا : خص ذلك عن قضية النص ، لكونها أبعد من هذه - فالتخصيص ثمة لا يدل على التخصيص ههنا .

قوله : الشرع ألحقها بالقرابة البعيدة في حق تلك الأحكام - قلنا : الإلحاق ثمة لا يدل على الإلحاق ههنا .

قوله : تأثير هذا في إيجاب الإعتاق عليه أم في وجود العتق من غير اختياره - قلنا : في وجود العتق من غير اختياره ، لأن الصلة لما وجبت صار الإعتاق مستحقا للمملوك على المالك ، فيثبت العتق إيصالا للحق إلى المستحق ، كما في الولاد .

وأما قوله : التعليل يخالف مذهبكم - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن نفس الشراء عندنا إعتاق ، فلا يكون مخالفا للمذهب .

والنص لنا في هذه المسألة ما روى سمرّة بن جندب أن رسول الله ﷺ قال : « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » أورده أبو داود وأبو عيسى وابن ماجه (١) .

٦١ - مسألة : إذا قال الرجل لعبده وهو أكبر سنا منه : « هذا ابني » عتق عليه .

والوجه فيه - أنه قصد إثبات الحرية في محل قابل للحرية بلفظة صالحة للإثبات ، فوجب القول بثبوت الحرية ، قياسا على ما إذا قال له وهو أصغر سنا منه : « هذا ابني » .

وإنما قلنا ذلك - لأن قوله « هذا ابني » لا يمكن حمله على القصد إلى ما وضع له اللفظ حقيقة ، / لأن حقيقة البنوة ههنا لا تتصور ، فيجب حمله على وجه صحيح . ويمكن ذلك بأن يجعل مجازا عن الإعتاق ، لأن طريق المجاز موجود ، وهو السببية والمسببية والملازمة ، لأن البنوة تلازمها الحرية .

(١) رواه أحمد والأربعة . ورجح جمع من الحفاظ أنه موقوف - بلوغ المرام ، رقم ١٢٢٣ ص ٢٢٢ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٣٩ ، ص ١٥٠١ - ١٥٠٢ .

فإن قيل : قولكم بأنه مجاز عن الإعتاق - قلنا ، متى يجعل مجازا : إذا أمكن حمله على الحقيقة أم إذا لم يمكن ؟ ع م - وقد أمكن بأن يجعل قوله « هذا ابني » بمنزلة . قوله : « هذا كابني » في الشفقة والكرامة ، فلا حاجة إلى جعله مجازا عن الإعتاق . ولئن سلمنا أنه يمكن جعله مجازا ، ولكن لا نسلم بأن السببية ههنا موجودة . ولا نسلم بأن السببية طريق المجاز .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أنه جعله مجازا عن الحرية ، ولكن ههنا دليل آخر يأتى ذلك ، وذلك لأننا أجمعنا على أنه لو قال « قطعت يد فلان » وبيده صحيحتان لا يجعل إقرارا بالمال مجازا ، وإن كان قطع اليد سببا لوجوب المال ، لأنه لا يمكن إثباته مع قيام اليد - كذا هذا . وصار كما لو قال له : « هذا أخى » أو قال : هذا أبى أو جدى » ، وهو لا يصلح لذلك ، لا يعتق عليه - كذا هذا .

الجواب :

أما قوله : ههنا وجه آخر يحمل عليه وهو الشفقة - قلنا : حمله على ما ذكرناه أولى ، لأن فيما ذكرناه حملا على الفائدتين جميعا ، لأنه إذا ثبتت الحرية ثبت معنى الشفقة والكرامة ، فكان ما ذكرناه أولى ، بدليل معروف النسب إذا كان أصغر سنا منه . قوله : لم قلتم بأن السببية موجودة ؟ - قلنا : لأن البنوة سبب للحرية بدليل فصل الشراء^(١) .

قوله : لم قلتم بأن السببية طريق المجاز ؟ - قلنا : لأن العرب يسمون المطر سماء ، لأنه سببه - إلى غير ذلك من النضائر .

وأما مسألة قطع اليد - قلنا : لا يمكن جعله مجازا عن وجوب مطلق المال ، لأن قطع اليد لا يوجب مطلق المال ، وإنما يوجب مالا مقدرا بنصف اليد / مؤجلا في ثلاث سنين على العاقلة ولا يمكن إثباته - أما ههنا بخلافه .

(١) راجع فيما تقدم أول « كتاب العتاق » المسألة رقم ٦٠ ص ١٤٤ - ١٤٦ .

وأما إذا قال : « أخى » : روى الحسن عن أبى حنيفة أنه يعتق .

ولئن سلمنا ذلك ، ولكن الأخوة تحتل لجهة النسب وتحتل لجهة الدين .

وأما إذا قال : « هذا أبى أو جدى » - فهو على هذا الخلاف .

وأما إذا قال : « يا ابنى » إنما لا يعتق ، لأن المقصود من النداء هو الإعلام ، لا لمعنى فى المنادى .

٦٢ - مسألة : صريح الطلاق وكناياته لا يقع به العتق ، وإن نوى ، حتى لو قال لأتمته (١) « أنت طالق » ، لم تعتق .

والوجه فيه - أنه لو ثبت الحرية : إما أن تثبت موجبا للفظ ابتداء ، أو بناء على ما هو موجب اللفظ :

لا وجه للأول - لأن هذا اللفظ موضوع لإزالة قيد النكاح ، فلا يكون موضوعا لإزالة الرق ، دفعا للاشتراك .

ولا وجه للثانى - لأن موجب اللفظ لا يثبت ههنا ، ولا يتصور ثبوته ، فكيف يثبت غيره بناء عليه ؟ .

فإن قيل : قولكم بأن الحرية لا تثبت موجبا للفظ ابتداء - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن هذا اللفظ موضوع لإزالة قيد النكاح - قلنا : لغة أم شرعا ؟ ع م . وهذا لأن الطلاق وإن كان فى الشرع موضوعا لإزالة قيد النكاح ، ولكنه فى اللغة يجوز أن يستعمل فى إزالة قيد الرق وإثبات الانطلاق .

ولئن سلمنا أنه موضوع له لغة وشرعا ، ولكن لم قلتم بأنه لا يكون موضوعا لإزالة الرق ؟ .

قوله : يلزم منه الاشتراك - قلنا : لا نسلم ، بل يكون بطريق المجاز ، لما بينهما من

(١) « لأتمته » غير واضحة تماما فى الأصل .

مشابهة زوال قيد النكاح وزوال قيد الرق - دل عليه أنه لو قال لامرأته « أنت حرة » ونوى به الطلاق - يقع الطلاق لما ذكرنا من وجه المجاز بطريق المشابهة .

ولئن سلمنا أنه لا تثبت الحرية ابتداء ، ولكن لم قلتم بأنه لا تثبت (١) بناء ؟ . وهذا لأن / موجب اللفظ إثبات الانطلاق وإزالة القيد والعجز ، فثبت الحرية بناء عليه ، وصار هذا كما إذا قال لها : لا ملك لى عليك ولا سبيل لى عليك ولا رق لى عليك ، ونوى به العتق ، يعتق - كذا هذا .

الجواب :

قوله : يجوز أن يستعمل هذا اللفظ فى اللغة لإزالة قيد الرق وإثبات الانطلاق - قلنا : نعم ، ولكن لا يثبت الحرية بهذا القدر شرعا ، ولا كلام فى زوال القيد لغة ، وإنما الكلام فيه شرعا .

قوله : يجوز أن يكون اللفظ موضوعا لإزالة الرق بطريق المجاز - قلنا : المجاز خلاف الأصل .

قوله : بينهما مشابهة - قلنا : لا نسلم .

وأما إذا قال لامرأته « أنت حرة » ونوى به الطلاق ، يقع - قلنا : إنما يقع لأن قوله : « أنت حرة » موضوع فى الشرع لإزالة ملك اليمين ، وذلك أقوى للملكين ، فيزول ملك النكاح الذى هو أضعف للملكين وهو ملك النكاح إذا نوى ، ولا كذلك على العكس ، فإن قوله « أنت طالق » موضوع فى الشرع لإزالة أضعف للملكين ، وهو ملك النكاح ، فلا يزول به أقوى للملكين وهو ملك اليمين ، إذ ليس يلزم من كون اللفظ مزيلا للأضعف كونه مزيلا للأقوى ، ولكن يجوز أن يكون مزيل الأقوى مزيلا للأضعف .

قوله : لم لا يثبت بناء ؟ قلنا : لأن موجه لا يتصور .

قوله : إن موجه إثبات الانطلاق - قلنا : نعم ، ولكن لغة لا شرعا ، وإنما الحاجة

(١) فى الأصل : « لا يشب » .

ههنا إلى إثبات الانطلاق شرعا ، وهو الحرية ، ولم يوجد اللفظ الموجب له شرعا .
أما قوله : لا ملك لى عليك ولا رق لى عليك - [فهو] صريح فى نفى الملك ،
فيتنفى الملك والرق ضرورة .

وقوله لا سبيل لى عليك - حقيقة فى نفى السبيل ، ولذلك أسباب كالبيع والهبة
والإعتاق ، / فيتنفى الكل تحقيقا لغرضه - أما ههنا بخلافه (١)

١/٥٤

٦٣ - مسألة : إذا قال لأمته : « أول ولد تلدينه فهو حر » أو قال : « فأنت
حرة » فولدت ميتا ، ثم حيا يعتق الحى .

والوجه فيه - أنه قصد بهذا التصرف إثبات الحرية فى أول ولد حى ، والولد الثانى أول
ولد حى ، فوجب أن يعتق ، قياسا (٢) على ما إذا قال : « أول ولد تلدينه (٣) حيا
فهو حر » .

وإنما قلنا ذلك لأن اللفظ وإن كان مطلقا ، ولكن مطلق الكلام يجوز تقييده إذا دل
الدليل عليه ، وقد دلت دلالة التقييد بوصف الحياة ، وهو دلالة الغرض الذى قصد
تحقيقه بهذا الكلام ، لأن غرضه إثبات الحرية ، والحرية لغة وشرعا لا تتصور بأصلها
ووصفها إلا فى محل موصوف بصفة الحياة .

فإن قيل : قولكم بأنه دلت دلالة التقييد بوصف الحياة - قلنا : متى : إذا كانت
الحياة غالب الوجود أم لا ؟ ع م . بيانه - وهو أن الجزاء إذا كان غالب الوجود فلا
حاجة إلى التقييد ، فإننا أجمعنا على أنه لو أوصى للجنين وبالجنين (٤) ، يصح . ولو
ضرب على بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ، تجب الغرة - وهذه أحكام الحياة .

(١) انظر : الكاسانى ، البدائع ، ٤ : ١٠٣ .

(٢) فى الأصل : « قياسيا » .

(٣) فى الأصل تبدو « تلدينه » وسيأتى بعد عدة سطور : « تلدينه » .

(٤) « وبالجنين » غير واضحة فى الأصل . انظر ما يلى فى الجواب .

ولئن سلمنا أنه دل دليل التقييد ، ولكن لم قلتم بأن الحرية لا تتصور إلا في محل حى ، وظاهر أنه تتصور ، بدليل أن المكاتب إذا مات عن وفاء ، تبقى الكتابة ويحكم بحريته بأداء بدل الكتابة بعد موته .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على التقييد ، ولكن هنا دليل آخر يأتى ذلك ، وذلك لأنه لا تقييد بالملك ، مع أن الحرية لا تثبت إلا بالملك كما لا تثبت إلا بالحياة ، حتى لو قال لأمته : « أول ولد تلدينه فهو حر - فباعها ، فولدت ولدا فى يد المشتري ، ثم اشتراها ، فولدت فى يده ولدا ، لا يعتق الولد الثانى .

٢/٥٤

ولو قال / لأجنبية « إن دخلت الدار فأنت طالق » لا يتقيد بملك النكاح . وكذلك لو قال لأمته « أول ولد تلدينه فهو حر وامرأته طالق » ، فولدت ولدا ميتا ، ينحل^(١) العيمين فى حق الطلاق حتى يقع الطلاق ، فوجب أن ينحل^(٢) فى حق الحرية إيصالا إلى الجزاء ، لأن العيمين واحد والشرط واحد .

ثم نقول : شرط عتق أول ولد ، وهذا آخر ولد ، بدليل أنه لو قال لأمته : « آخر ولد تلدينه فهو حر » فولدت ولدا ميتا ، ثم ولدت ولدا حيا ، يعتق الثانى ، وإذا كان آخرها لا يتصور أن يكون أولا .

الجواب :

أما قوله بأن الحياة غالب [الوجود]^(٣) - قلنا : لا نسلم بأن حياة كل ولد معين غالب ، بل حياة الأولاد .

وأما إذا أعتق الجنين أو أوصى له أو به ، فهذه التصرفات موقوفة فى الحال : إن حصل الولد حيا يحكم بصحتها وإلا فلا .

(١ - ٢) غير ظاهرة فى الأصل . وفى المعجم الوسيط : « حلل الشيء أباحه . وانحلت العقدة انفكت . وحل المكان وحل به حلولا نزل به وحل البيت فهو حال وحل البعير حللا أصابه الحل فهو أحل وهى خلأ - ولعلها : « يحل » . وفى آخر المسألة سبأى التعبير بكلمة : « انحلال » العيمين . انظر فيما بلى الهامش ٣ ص ١٥٢ .

(٣) مما تقدم قبل سطور ص ١٥٠ .

وأما إذا ضرب بطن امرأة - [ف] معارض بما إذا ضرب بطن شاة فألقت جنينا ميتا : لا يجب شيء ، فالغرة في الآدمي تجب نصا (١) .

وأما المكاتب - قلنا عنه جوابان : أحدهما - تثبت الحرية في آخر جزء من أجزاء (٢) حياته . والثاني - نثبتها بعد الموت في حق آثار يتصور ثبوتها .

قوله : لا يقيد بالملك - قلنا : لأن الحرية لا تتصور إلا في محل حي ، ولكن إثبات الحرية في ملك الغير صحيح ، وإعتاق ملك الغير صحيح ، حتى لو أجاز المالك ينفذ العتق ، فلا حاجة إلى التقييد بالملك .

وأما إذا قال لأجنبية : « إن دخلت الدار فأنت طالق » : إن كانت منكوحة للغير ، فهذا التصرف صحيح ، حتى لو أجاز الزوج ، يقع الطلاق عند دخول الدار . وإن لم تكن منكوحة ، فلا يصح ، لأن التقييد إنما يكون في الإطلاق ، وليس ثم إطلاق ، فلا يجوز إلا بطريق الازدواج ، وذلك غير لازم .

وأما إذا قال : « أول ولد تلدينه فهو حر وامراته طالق » - قلنا : هذا إن كان يمينا واحدا صورة / ولكنه يمينا معنى ، لأن اليمين تعرف بالشرط والجزاء ، وقد تعدد الشرط والجزاء : فأحد الجزأين هو الحرية وشرطه ولادة ولد حي لما ذكرنا . والثاني هو الطلاق وشرطه ولادة ولد مطلق . لأننا إنما قيدنا بالحياة في الجزاء الأول لافتقاره إلى الحياة ، والطلاق لا يفتقر إلى الحياة في الولد . فإذا تعدد اليمين معنى ، فانحلال أحدهما لا يدل على انحلال الأخرى (٣) .

١/٥٥

(١) وهو أن رسول الله ﷺ قضى أن دية الجنين إذا مات بسبب الجناية غرة سواء انفصل عن أمه وخرج ميتا أو مات في بطنها . وأما إذا خرج حيا ثم مات ففيه الدية كاملة . والغرة عبد أو وليدة وهي الأمة . وقيل خمسمائة درهم . وقيل مائة شاة . وقيل خمس من الإبل - انظر : بلوغ المرام رقم ٩٩٩ ص ١٨٠ - ١٨١ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩٤ و ١٠٩٥ ص ١١٩٤ - ١١٩٧ .

(٢) في الأصل كذا : « جزا من اخرا » - وانظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٤١٩ .

(٣) راجع فيما تقدم الهامش ١ - ٢ ص ١٥١ .

قوله : بأن هذا آخر ولد - قلنا : هذا آخر ولد مطلق أما هو أول ولد حى ، والشرط أول ولد حى . وما ذكر من المسألة ممنوعة .
والله أعلم .

٦٤ - مسألة : إذا قال لعبده : « إن أديت إلى ألفا فأنت حر » فجاء العبد بالألف ، ونحلى بينها وبين المولى ، يجبر على القبول ، حتى يعتق العبد بالتخلية (١) .
والوجه فيه - أنه قصد إثبات الحرية عند التخلية بينه وبين الألف - فوجب القول بالعتق عند التخلية ، قياساً على ما إذا علق بالتخلية .

أما بيان أنه قصد إثبات الحرية - [ف] / لأن هذا اللفظ صالح له .
وأما بيان أنه قصد العتق عند التخلية - [ف] لأن غرضه حصول الألف [له] ، حيث جعل العتق فى مقابلته . وهذا الغرض لا يحصل إلا بتعليق العتق بالتخلية بدون القبول ، لأنه لو تعلق بالقبول ، لا محالة لا ينبعث العبد على الكسب ، لأنه لو اكتسبه ربما لا يقبله المولى أو يقبله على وجه لا يعتق بأن يأخذ الألف إلا درهما ، فيتعطل نفع العبد .

فإن قيل : قولكم بأنه قصد إثبات الحرية عند التخلية - قلنا : لا نسلم . وبطلانه ظاهر ، لأنه قال « إن أديت » والأداء عبارة عن التسليم والقبول جميعاً . ولهذا لو قال لعبده : أديت إلى ألفاً فلم أقبل - لا يصدق فى ذلك ، ويكون رجوعاً عن الإقرار .
ولئن سلمنا أنه علق العتق بالتخلية ، ولكن لم قلتم بأن غرضه يحصل بالتخلية ؟ وبطلانه ظاهر ، لأنه يقتضى تعليق العتق بالكسب ، ولم يتعلق .

٢/٥٥ ولئن سلمنا أن غرضه يحصل بالتخلية ولكن لم قلتم بأن / المولى يمكنه الأخذ على وجه لا يعتق ، بل يعتق على أى وجه يقبله ، لأن العبد مأذون ، فإنما يأخذه على وجه يؤديه إليه . على أن الظاهر من حال المولى أنه لا يخلف فى الوعد ، وصار هذا كما إذا قال :

إن أديت إلى خمرا فأنت حر ، أو ثوبا فأنت حر ، أو كذا مَنْ (١) حنطة فأنت حر ، أو ألفا أحج بها فأنت حر - أو المتنازع فيه : إذا باع العبد ثم ، اشتراه فجاء بالألف ، فإنه لا يجبر على القبول في هذه المواضع - فوجب أن لا يجبر ههنا .

الجواب :

أما قوله بأنه نص على التعليق بالأداء إليه - قلنا : بلى ، ولكن الأداء إليه جاز أن يذكر ويراد به التخلية بدون القبول مجازا ، فيحمل عليه ، لما ذكرنا من الدليل .

قوله : هذا يقتضى تعليق العتق بالكسب - قلنا : نعم ، ولكن لا يمكن أن يجعل الأداء إليه مجازا عن الكسب ، بخلاف التخلية ، لأن اللفظ يحتملها .

قوله : لم قلم بأن المولى يمكنه أخذ الألف منه على وجه لا يعتق عليه - قلنا : لأنه يمكنه أن يأخذ منه غصبا أو يبيعه فيزول العبد عن ملكه ويبقى الألف ملكا للمولى ولا يعتق عليه .

وأما قوله بأن المولى لا يخلف الوعد - قلنا : إذا لم يكن القبول واجبا عليه شرعا ويمكنه تحصيل النفع بلا ضرر ، فالظاهر أنه لا يبالي (٢) بخلف الوعد خصوصا مع مملوكه .

وأما الأحكام : أما الخمر - قلنا : ثمة لم يصح غرضه ، فلم يصح اعتباره شرعا . وأما الثوب والحنطة - قلنا : تلك أجناس وأنواع مختلفة ، فما من جنس يأتي به العبد إلا وللمولى أن يقول : غرض غير هذا ، فلا يمكن اعتبار غرضه - أما ههنا بخلافه . وأما إذا قال : ألفا أحج بها ، يجبر على القبول . وأما إذا باعه - قلنا : ثم بطل الطلب والغرض ، لأن الإنسان لا يطلب الألف من عبد الغير .

والله أعلم .

(١) المَنْ المَتَا وهو رطلان والجمع أمانان - مختار الصحاح . وفى المعجم الوسيط : معيار قديم كان يكال به أو يوزن . وقدره إذ ذاك رطلان بغداديان . والرطل عندهم اثنتا عشرة أوقية بأواقهم .

(٢) فى الأصل كذا : « لا سال » .

٦٥ — مسألة : الوطء في العتق المبهم لا يكون بيانا / للعتق في غير الموطوءة . وهي ١/٥٦
أن يقول لأمتيه : إحداهما حرة ، ثم وطئ إحداهما (١) .

والوجه فيه - أن الوطء صادف المملوكة في حق حل الوطء من غير أن يجعل الوطء
بيانا ، فلا يجعل بيانا ، قياسا على ما إذا علق عتق إحداهما بدخول الدار ، ثم وطئ
إحداهما ، ثم دخل الدار - لا تتعين الموطوءة للملك .

وإنما قلنا ذلك - لأن الملك كان ثابتا في حق جميع الأحكام ، فلو زال إنما يزول
بالإعتاق المبهم ، وإنه لا يوجب زوالا (٢) في حق حل الوطء ، لأنه إعتاق المنكر ،
فكان إيقاع العتق في حق حكم يختص بالمنكر دون المعين ، وحل الوطء مما يختص
بالمعين دون المنكر ، لأن وطء المنكرة لا يتصور ، فلو ثبت العتق في المعينة وزال الملك
عنها ، لزال من غير إزالته ، وإنه لا يجوز ، فعلم أن الوطء صادف المملوكة في حق حل
الوطء ، فلا حاجة إلى جعل الوطء بيانا .

فإن قيل : ما ذكرتم إن دل على أن الوطء ليس ببيان ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى
ذلك ، لأن الظاهر من حال العاقل أنه يريد بتصرفه الحلال دون الحرام ، فإن عقله ودينه
يدعوانه إلى الحلال ويمنعانه عن الحرام ، والحل يتعلق بكون الوطء بيانا ، لأن الحل يتعلق
بالمملك ، ولا ثبوت للملك ههنا إلا بأن يجعل الوطء بيانا لأن العتق نازل (٣) في
إحداهما ، فلو لم يجعل الوطء بيانا وتعلق حل الوطء بثبوت الملك ، كان الحل متعلقا

(١) في الأصل كذا : « أحدهما » وسيأتي فيما بعد : « علق عتق إحداهما » - انظر :
السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣٩٣ - ٣٩٥ - فقيه : « فأما إذا وطئ إحدى أمتيه التي أبهم
العتق فهما : لا يكون إختيارا للعتق عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن تعلق منه . وعندهما : يكون
اختيارا . وكذلك الخلاف إذا لمسها لشهوة . وأجمعوا أنه لو استخدم إحداهما لا يكون بيانا - والمسألة
معروفة » - وانظر الكاساني ، ٤ : ١٠٣ - ١٠٤ وكذا ١٠٩ .

(٢) في الأصل تبدو « زوال » وهي غير ظاهرة تماما .

(٣) كذا تبدو في الأصل . وبها أيضاً عبر الكاساني ، ٤ : ١٠٣ و ١٠٤ . وفي المعجم
الوسيط : نزل نزولا هبط من علو إلى سفلى ونزل بالمكان وفيه خل .

بالبیان بواسطة الدلیل علیه ، [وكذا] (١) الوطء فی الطلاق المبهم : فإنه إذا طلق إحدى امرأته ثم وطئ إحداها يجعل بیانا ، لما ذكرنا من توقف الحل علی الملك ، وتوقف الملك علی البیان - كذا ههنا .

قوله : بأن الوطء صادف الملك من غیر أن يجعل الوطء بیانا - قلنا : لا نسلم .

قوله بأن العتق غیر / نازل فی حق المعین - قلنا : أیش یعنی به ؟ یعنی أنه لم یوجب عتق واحدة بعینها أو یعنی به شیئا آخر ؟ إن عنی به شیئا آخر احتاج إلى بیانه . وإن عنی به أن العتق لم ینزل فی واحدة معینة فهذا مسلم - ولكن لم قلتم بأن هذا یمنع كون الوطء محتاجا إلیه فی البیان ؟ .

قوله : بأنه أوقع العتق فی المنکرة - قلنا : ما یعنی به ؟ یعنی به أنه أوقع العتق فی غیر هاتین أو یعنی به أنه أوقعه فی إحداها إلا أنا لا نعرفها بعینها ؟ إن یعنی به الأول فهو باطل ، لأنه قال : إحداكما حرة . وإن عنی به الثانی فمسلم ، ولكن لا یمنع كون الوطء بیانا بل یوجب ، لأن تلك الواحدة تحتل هذه وهذه ، فلا یکون الملك ثابتاً (٢) فی حق الحل فی الموطوءة بدون البیان .

الجواب :

قوله : إن الدلیل قد دل علی كون الوطء بیانا - قلنا : بلی ، ولكن إنما یحتاج إلى جعل الوطء بیانا إذا لم یکن المحلل للوطء قائما فی حقه .

قوله : إن المنکرة تحتل أن تكون هذه وتحتل أن تكون صاحبها - قلنا : لا نسلم ، ومحال أن تكون المنکرة هذه أو صاحبها ، لأن هذه أو صاحبها إشارة إلى المعینة ، و بین المعینة والمنکرة مضادة ، فكیف (٣) یحتمل قوله المنکرة لا تعدوها - قلنا : بلی ولكن من غیر تعین .

(١) قال الکاسانی ، ٤ : ١٠٤ : « وهكذا نقول فی الطلاق المبهم ... » .

(٢) فی الأصل كذا : « ثابت » .

(٣) فی الأصل هكذا : « فیلف » أو « فیکف » .

فإذا قلنا : هذه أو تلك فقد عيناها ، فلا تبقى منكرا ، وهو اوقع في المنكرة لا في المعينة .

وأما الوطء في الطلاق المبهم^(١) - قلنا : هكذا نقول ثمة : إن الملك في حق المعينة قائم إلا أنه إذا وطئ إحداها تعينت الأخرى للطلاق ، وهذه للإمساك لوجه آخر ، لا باعتبار كون الحل متعلقا بالبيان .

بيانه - إن المقصود من وطء المنكوحة الولد ، وحصول الولد متعلق ببقاء النكاح ، فكان بيانا من حيث إنه لا يتم الغرض إلا به . أما ههنا بخلافه ، لأن الغرض من وطء الجوارى / قضاء الشهوة دون الوطء للولد ، وقضاء الشهوة لا يتعلق حصوله بالبيان ، فلا يجعل الوطء بيانا .

قوله : أيش تعنى بقولك إن العتق غير نازل في المعين ؟ قلنا : نعنى به أنه لا يظهر في حق حكم يختص المعين ولا يمكن إثباته في حق المعين ، وظهر في حق حكم يختص المعين ويمكن إثباته في حق المعين بدون التعيين ، لأن الحكم إذا كان يختص بالمنكرة أمكن العمل بدليل الحرية فيه ، لأن المالك أثبت الحرية في المنكرة ، فكان العمل به على وجه التنكير ، عملا بقضية الاعتاق .

فأما إثبات العتق في حق حكم يختص المعين وبعضه^(٢) يختص المنكر ، فهذا^(٣) معلوم في إثبات العتق في العدم^(٤) : أنه لو قتلها رجل واحد معا تجب قيمة أمة ودية حرة ، لأن هذا حكم يصح إثباته بدون التعيين . ولو قتلها رجلان يجب على كل واحد منهما قيمة أمة ، لأنه لا يمكن إيجاب القيمة على أحدهما والدية على الآخر إلا بتعيين محل العتق ، فلا يظهر العتق في حقه أصلا .

(١) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٥٥ . والكاساني ، ٤ : ١٠٤ .

(٢) في الأصل : « وبعضها » .

(٣) في الأصل : « وهذا » .

(٤) في الأصل تبدو كذا : « في الدهن » .

وإذا ثبت اختلاف الأحكام في المنكر والمعين - فنقول :

قوله : « إحداهما »^(١) حرة » : أثبت العتق في حق حكم يختص المنكر دون المعين - على ما مر .

فالحاصل - أن الشرع ورد بتصحيح إعتاق المبهم ، فلا بد من تصحيحه على الوجه الذى قصده المتصرف . وهو إنما قصد إيقاعه في حق المنكر دون المعين ، لأن اللفظ يدل عليه ، فيجب أن يكون مشروعا على وجه يظهر في حق حكم يختص المنكر دون المعين .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه .

٦٦ - مسألة : الإعتاق يتجزأ^(٢) .

والمعنى من ذلك أن المحل في حق قبول حكم الإعتاق يتجزأ ، فيتصور ثبوته في النصف دون النصف [الآخر] .

(١) في الأصل كذا : « احديكما » .

(٢) انظر المسألة التالية : « العتق لا يتجزأ » رقم ٦٧ ص ١٦٨ وما بعدها .

قال السمرقندى في النخبة ، ٢ : ٣٨٩ : « .. والأصل فيه أن الإعتاق يتجزأ عند أى حنيفة رحمه الله . وعند أى يوسف ومحمد لا يتجزأ » - انظر الهامش ٢ ص ١٥٩ . وانظر الكاسانى ، البدائع ، ٤ : ٨٦ وما بعدها .

وفى الأصل لمحمد بن الحسن (المبسوط) ج ٤ ص ٢٣٢ - ٢٣٣ . طبعة كراتشى - باكستان : « قال أبو حنيفة : إذا أعتق الرجل نصف عبده عتق نصفه واستسعاها في نصف قيمته . وهو بمنزلة المكاتب ما دام يسعى في كل شئ من أمره ، فإذا أدى السعاية عتق ، وكان ولاؤه لمولاه .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا أعتق نصف عبده عتق كله ، وهو حر كله ، ولاؤه لمولاه ، ولا يجتمع في نفس واحدة عتق ورق ، والأمة والعبد في ذلك سواء .

محمد عن يعقوب عن أشعث بن سوار عن الحسن بن أبى الحسن عن على رضى الله عنه أنه قال : يعتق الرجل من عبده ما شاء » .

وثمرة الخلاف في موضعين :

أحدهما - إذا أعتق نصف عبده ، عتق نصفه ، وهو بين خيارين : إن شاء أعتق الباقي ، وإن شاء استسعى ^(١) العبد . وقالا ^(٢) : عتق كله وليس له / حق السعاية .

والثاني - إذا أعتق نصيبه من عبد مشترك بينه وبين غيره ، لا يعتق كله ، غير أن المعتق : إن كان موسراً فالشريك بين خيارات ثلاثة : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء ضمن [المعتق] ^(٣) ، وإن شاء استسعى العبد . وإن كان معسراً ، فهو بين خيارين : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد .

وقالا : يعتق كله ، وليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعتاق ^(٤) .

وحاصل الخلاف راجع إلى أن الإعتاق في النصف هل يوجب هـ زوال الرق عن المحل كله أم لا ؟ عنده : لا يوجب ، بل يبقى كل المحل رقيقاً ، ولكن زال الملك عن النصف ^(٥) . وعندهما : يوجب زوال الرق عن الكل .

والوجه فيه - أن الرق لو زال عن المحل لا يخلو : إما أن يزول موجبا للتصرف ابتداء ، أو بناء على ما هو الموجب :

لا وجه للأول - لأن زوال الرق ليس موجبا أصليا للإعتاق ، لأن موجب التصرف

(١) استسعى العبد كلفه من العمل ما يؤدي به عن نفسه إذا أعتق بعضه ليعتق به ما بقى . والسعاية الكسر ما كلف من ذلك - القاموس . والمعجم الوسيط . وانظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣٨٩ وما بعدها .

(٢) قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٣٨٩ : « .. الإعتاق يتجزأ عند أي حنيفة رحمه الله . وعند أبي يوسف ومحمد لا يتجزأ » . وفي الأصل كذا : « وقلا » - راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ١٥٨ .

(٣) راجع : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣٨٩ .

(٤) انظر الكاساني ، ٤ : ٨٧ وما بعدها .

(٥) سيبين ذلك فيما بعد بقليل .

ابتداء ما يدخل تحت ولاية المتصرف ، وزوال الرق لا يدخل تحت ولايته ، لأن الرق في المحل : إما أن يثبت حقا لله تعالى ، أو حقا لعامة (١) الناس . لأنه إما أن يكون ثابتا عقوبة على كفره وجزاء على استنكافه (٢) من أن يكون عبدا لله ، ومن هذا الوجه يكون حقا للشرع . وإما أن يكون دفعا لشره عن كافة الناس والمسلمين ، بدلا عن القتل أو تمكيننا لهم من تملكه وإقامة مصالحهم به بواسطة التملك ، كالإباحة في الصيد . ومن هذين الوجهين يكون حقا لكافة الناس من المسلمين . وكيفما كان ، فإبطال حق الشرع وحق كافة المسلمين لا يدخل تحت ولاية المالك قصدا وابتداء .

ولا وجه للثاني - لأن موجب التصرف ابتداء زوال ملك المولى ، لأنه الداخِل تحت ولايته ، وهو إزالة الملك عن نصف المحل ، وليس من ضرورة / زوال الملك عن نصف المحل زواله عن الباقي ، فيبقى الملك في الباقي ، فلا يزول الرق عن المحل ، لأن زوال الرق عن كل المحل موقوف على زوال الملك عن كل المحل ، فيحتاج إلى بيان أشياء :

[١ -] إلى بيان معنى الملك والرق ، وأنها غيران .

[٢ -] وإلى بيان [أن] المحل في حق الملك متجزئ ، فيتصور زوال الملك عن البعض دون البعض .

[٣ -] وإلى بيان أن زوال الرق عن المحل موقوف على زوال الملك عن كل المحل . أما الأول :

[بيان معنى الملك ، والرق ، وأنها غيران] - فنقول :

ملك المحل - عبارة عن حالة شرعية أو صفة شرعية للمحل تقتضي (٣) إطلاق

(١) في الأصل : « للعامة الناس » .

(٢) استنكف من الشيء وعنه أنف وامتنع - المعجم الوسيط . وفي القرآن الكريم : ﴿ لن يستنكف المسيح أن يكون عبدا لله ولا الملائكة المقربون ومن يستنكف عن عبادته ويستكبر فسيحشرهم إليه جميعا .. وأما الذين استنكفوا واستكبروا فיעذبهم .. ﴾ النساء : ١٧٢ - ١٧٣ .

(٣) في الأصل : « يقتضي » .

التصرف في المحل . وليس من ضرورة ثبوت هذه الحالة أن يترتب عليه إطلاق التصرف لا محالة ، بل يترتب عليه الإطلاق لولا المانع ، وقد لا يترتب لمانع ، كملك الخمر وغيره . بيانه - أن الحالة التي سميناها ملكا حالة معقولة ، لأن التفرقة ثابتة بين المحل الذي يطلق للإنسان التصرف فيه وبين المحل الذي لا يطلق التصرف فيه - أعني هذه التصرفات المخصوصة المختصة بالملك ، فلا بد لهذه التفرقة من متعلق ما ، وهو أمر شرعى لا حسي ، فسمى تلك الحالة ملكا ، فثبت أن هذه حالة معقولة . والدليل على أن الملك هو هذه الحالة الشرعية أنا إذا وصفنا المحل بكونه مملوكا يلزمه إطلاق التصرفات ويفهم منه ذلك ، فحيث لا يخلو : إما أن يكون الملك نفس إطلاق التصرف ، أو هو أمر يقتضى إطلاق التصرف :

لا وجه للأول ، لأن الملك [قد] يوجد في محل لا يوجد [فيه] إطلاق التصرف ، كملك الخمر وملك الخسيس والمهر^(١) والملك للطفل والميت في قدر ما يحتاج والملك في المرهون والمستأجر وغير ذلك من المواضع . وكذا ملك الوطاء ثابت حال الحيض في المنكحة والأمة وإطلاق الوطاء غير^(٢) ثابت - دل عليه : أن من اشترى أباه أو المحلوف عليه بعته / يثبت الملك حتى يعتق ولم يثبت إطلاق التصرف بوجه ما - فثبت أن الملك عبارة عن هذه الحالة .

وأما الرق - فهو عبارة عن وصف حكى والمراد به حالة في المحل يظهر أثرها في حجرة عن دفع تملك الغير عن نفسه ، ولأجلها يصح الاستيلاء عليه والتملك ، كالحياة مع العلم والقدرة ، [ففى]^(٣) الحياة معنى مصحح للعلم والقدرة لا يتصور ثبوتها بدونها ، وهذا أمر معقول ، لأن التفرقة ثابتة بين كون المحل بحالة لا يصح عليه الاستيلاء

(١) انظر في المهر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ١٩٩ وما بعدها وفيه : « من تزوج امرأة بغير مهر أو بشرط أن لا مهر لها وأجازت المرأة - فإن النكاح ينقذ ويجب مهر المثل ، عند أصحابنا . وعند الشافعى : النكاح جائز بغير مهر » .

(٢) « غير » ليست واضحة .

(٣) في الأصل كلمة غير مقروءة تشبه « فيمكن » أو نحو ذلك ، ولعلها « فيمكن » وسيأتى بعد سطور قوله : « كالحياة المصححة للعلم والقدرة » .
(طريقة الخلاف في الفقه - م ١١)

والتملك ، وبين كونه بحالة يصح عليه الاستيلاء والتملك ، والأول للحر والثاني هو الرقيق ، فلا بد لهذه التفرقة من متعلق شرعى ، فتسمى تلك الحالة رقا .

وإذا ثبت هذا ثبت المغايرة بين الملك والرق ، لأن الأمر المصحح للملك يكون غيره ، ويكون ثابتاً قبله ، كالحياة المصححة للعلم والقدرة ..

وأما الثانى :

وهو أن المحل فى حق الملك يتجزأ ، ويتصور زوال الملك عن البعض دون البعض :
[فدليله] الحكم والمعقول :

أما الحكم - [فقد] أجمعنا على أنه يجوز بيع النصف شائعا وهبة النصف والتصرف فى النصف والوصية به ، وأثر هذه الأحكام فى إزالة ملك الأول وإثبات ملك الثانى (١) . فلو لم يكن المحل متجزئا ، لما جاز .

وأما المعقول - وهو أن الملك متى كان عبارة عن معنى أو صفة شرعية فى المحل ، جاز أن يثبت شائعا فى البعض دون البعض ، فيترتب عليه إطلاق التصرف والانتفاع بالنصف دون النصف بطريقه ، أو تقتضى تلك الصفة أن يكون تصرفه فى النصف حقا غير مؤاخذ عليه ، وفى النصف الآخر يكون بغير حق مؤاخذ عليه . وإذا ثبت أن المحل فى حق الملك يتجزأ ، وقد أزال ملكه عن النصف دون النصف ، لا يزول ملكه عن الكل .

وأما الثالث :

١/٥٩ وهو أن زوال الرق عن كل المحل موقوف على زوال الملك عن / كل المحل :

[فذلك] أنه متى بقى الملك فى بعض المحل يبقى الرق فيه ، ضرورة أنه لا يصح الملك بدون الرق ، وإذا بقى الرق فى النصف بقى فى الباقي ، ضرورة أن المحل فى

(١) أى أحكام هذه التصرفات فى إزالة ملك الأول عن النصف المبيع أو الموهوب أو الموصى به ، وإثبات ملك الثانى فى هذا النصف المبيع أو الموهوب أو الموصى به .

حق الرق لا يتجزأ ، لأنه عبارة عن الضعف الحكمي ، ولا يتصور أن يكون بعض المحل ضعيفا والبعض قويا شائعا ، بخلاف الملك - على ما ذكرنا .

فإن قيل : قولكم بأن الرق حق الشرع أو حق المسلمين ؟ قلنا : في حالة الابتداء يعنى أم في حالة البقاء ؟ م ع . وهذا لأنه في حالة البقاء [صار] ^(١) حقا للمولى ، لأنه يتعلق به حقه [أثرا] ^(٢) للملك ، وإذا كان الملك حقا للمولى ^(٣) كان الرق أيضا حقا له .

ولئن سلمنا أنه حق الشرع ، ولكن [لِمَ] لا يتمكن من إزالته : ابتداء أم نيابة عن الشرع ؟ م ع - فلم قلتم بأن الشرع لم يُثبت له ولاية إزالة الرق ؟ وبيان [هـ] أنه أثبت أنه ندبه إلى الإعتاق وحته عليه بأبلغ الوجوه ، وكذا ^(٤) كلفه في باب الكفارة بالتحريم - وهو ^(٥) ينبنى عن الخلوص عن الرق ، والإعتاق [عبارة] عن القوة وإزالة الضعف الحكمي ، فدل الندب والأمر على إثبات الولاية نيابة ، وقد أزال [الضعف] عن البعض ، فيزول عن الكل ، لاستحالة أن يكون البعض قويا شائعا والبعض ضعيفا شائعا ، وصار كالطلاق والصلح عن دم العمد إذا أضيفا إلى النصف .

ولئن سلمنا أن زوال الرق ليس بموجب تصرفه ابتداء ، [فـ] لم قلتم أنه ليس بموجب تصرفه بناء ؟ .

(١) كلمة مكانها بياض إلا ما يشبه حرف « ر » والظاهر أنها « صار » .

(٢) كلمة غير واضحة تشبه : « لا مصحح » .

(٣) « لأنه يتعلق به .. حقا للمولى » وردت في الهامش تصحيحا .

(٤) في الأصل كذا : « وكذا » .

(٥) « وهو » غير كاملة - قال الكاساني في البدائع ، ٤ : ٩٨ : « والعنق في اللغة عبارة عن القوة .. وفي عرف الشرع اسم لقوة حكمية للذات يدفع بها الاستيلاء وتملك عن نفسه ولهذا كان مقابله وهو الرق عبارة عن الضعف في اللغة .. وفي متعارف الشرع يراد به الضعف الحكمي الذي يصير به آدمى محلا للتملك . وعلى عبارة التحرير الحكم الأصلي للتحرير هو ثبوت الحرية ، لأن التحرير هو إثبات الحرية وهي الخلوص ... وفي عرف الشرع يراد بها الخلوص عن الملك والرق .. » .

قوله بأن الموجب الأصلي زوال الملك - قلنا : لا نسلم ، بل هو ثبوت العتق ، والعتق هو القوة الحكمية ، وإنه داخل تحت ولايته ثم يزول الملك والرق بناء عليه .
ولئن سلمنا أن الموجب الأصلي زوال الملك ، لكن لم قلتم بأن المحل في حق الملك متجزئ ؟ .

وأما ما ذكر من الأحكام - قلنا : لا نسلم أنه زوال الملك بل هو إضافة الملك إلى المشتري بعد إضافته إلى البائع . /

وأما المعقول - قلنا : لم قلتم بأنه يتصور ثبوته في البعض دون البعض ؟ وهذا لأن التصرف في نصف المحل شائعا دون البعض لا يتصور ، بخلاف العبد المشترك ، لأن ذلك إشارة إلى تعدد التصرف لا إلى تجزئ محل التصرف .

والدليل على [أن] الملك لا يتجزأ ، أنا أجمعنا على أنه لا يتصور الملك في الابتداء في النصف دون النصف .

ثم نقول : إن المملوكية إذا زالت عن النصف ، ثبت المالكية بقدره في الباقي ، لأنه لا يتجزأ ، وإذا ثبتت المالكية في الكل زال الرق عن الكل ضرورة .

ثم الدليل على أن الإعتاق لا يتجزأ أن إعتاق النصف يتعدى إلى الباقي ، حتى لا يباع الباقي ولا هـ يوهب ، وإنه لا يتجزأ في الاستيلاء .

والدليل على أن حق الاستيلاء لا يتجزأ - أن أحد الشريكين لو استولد ، تملك نصيب الآخر ، وتصر أم ولد له ^(١) . فحق العتق إذا كان لا يتجزأ ، فحقيقته أولى ^(٢) .

(١) قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٤٠٦ « وإذا كانت (أم الولد) مشتركة فجاءت بولد ، فادعاه أحدهما : يثبت النسب منه ، وتصر الجارية كلها أم ولد له ، ويضمن قيمة نصيب شريكه ويضمن نصف العقر ويكون الولد حرا . فإن ادعاه الآخر يثبت النسب منهما جميعا وتصر الجارية أم ولد لهما » .

(٢) في الأصل كذا : « أولا » .

والدليل على [ذلك] أن إعتاق أم الولد لا يتجزأ ، حتى إن أم الولد إذا أتت بولد فادعياءه ، يعتق كله (١) .

وكذا معارض بالنص : « من أعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك » (٢) .

الجواب :

الرق حق الشرع حالة الابتداء أم حالة البقاء ؟ قلنا : المعنى الذى أوجب كونه حقا للشرع فى الابتداء [وهو] كونه عقوبة وجزاء على الكفر ، وحقا للمسلمين وهو كونه وسيلة إلى دفع الشر عنهم - قائم فى حالة البقاء ، فيقتضى كونه حقا للشرع ولهم فى هذه الحالة .

قوله : تعلق به حقه وهو الملك - قلنا : بلى ، ولكن أثر هذا فى منع الغير من إبطاله ، حتى لا يثبت حقه ، لا فى إثبات ولاية الإبطال له ، لأن فى إبطاله إبطال حق الغير .

قوله : لم قلتم بأنه لا يتمكن من ذلك نيابة عن الشرع - قلنا : لأن النيابة خلاف الأصل .

قوله : ندبه إلى الإعتاق - قلنا : الكلام / فى الإعتاق المندوب إليه أنه إزالة الملك

(١) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٦٤ .

(٢) فى بلوغ المرام ، رقم ١٢٢١ ص ٢٢١ : « عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : « من أعتق شيركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد . وإلا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه . ولهما عن أنى هريرة : « وإلا قوم عليه واستسعى غير مشقوق عليه » وقيل إن السعاية مدرجة فى الخبر . وانظر : سبل السلام ، ٤ : ١٣٣٦ و ١٣٣٧ ص ١٤٩٧ - ١٥٠٠ وفيه : وللعلماء فى المسألة أقوال أقواها ما وافقه هذا الحديث وهو أنه لا يعتق نصيب الشريك إلا بدفع القيمة ، وهو المشهور من مذهب مالك . وبه قال أهل الظاهر وهو قول للشافعى . وقالت الهادوية وآخرون : إنه يعتق العبد جميعه ، وإن لم يكن للمعتق مال فإنه يستسعى العبد فى حصة الشريك مستدلين « ص ١٤٩٨ منه .

قصدا وابتداء وزوال الرق بناء عليه .

قوله : إن الموجب الأصلي لهذا التصرف إنما هو إثبات العتق والقوة - قلنا : ذلك لا يصلح موجبا ، لأنه لا يدخل تحت قدرته .

قوله : لم قلم بأن الملك يتجزأ - قلنا : لما ذكرنا من الأحكام .

قوله : بأن أثر هذه التصرفات في نقل الملك لا في إزالة الملك - قلنا : ليس كذلك ، بل أثرها في إزالة الملك ، بدليل أن البيع والهبة يسمى تملكاً^(١) ، لا نقلا للملك .

قوله : بأن التصرف في النصف لا يتصور - قلنا : في الجملة يتصور . وهو أن ينتفع بطريق التهاؤ . والمسألة ممنوعة على قول محمد بن سلمة - فإنه^(٢) قال : لو فتح الإمام بلدا وضرب الرق على أنصاف أهله يصح .

قوله : من ضرورة زوال المملوكية ثبوت المالكية - قلنا : لا نسلم ، بل يتصور أن يكون المحل لا مملوكا ولا مالكا .

قوله : يتعدى إلى الباقي - قلنا : هذا التصرف يوجب استحقاق إزالة الباقي موقوفا على التضمنين أو الإعتاق أو الاستسعاء رعاية للجوانب أجمع هـ .

وأما إعتاق أم الولد - [ف] يتجزأ أيضا ، إلا أنه يعتق الباقي في الحال ، لا لعل عدم التجزئ ، بل لأنه لا فائدة في التأخير لعدم التضمن والاستسعاء لعدم القيمة . وأما الاستيلاء [ف] لا يمكن تأخير ، لأن حق الحرية ثبت ، وهو مانع [من]^(٣) الوطاء والاستيلاء ولا [يتأخر] إلى وقت سعاية الأم ، لأنه لا يجب عليها ، فيجب على المستولد ، لأنه أهل ، فيعتق بالضمان - أما هذا بخلافه .

وأما الحديث [ف] معارض بقوله : « من أعتق شقفا من عبد قوم عليه نصيب

(١) « تملك » غير واضحة في الأصل . قال في التحفة ، ٣ : ٢٦٥ : « حكم الهبة ثبوت

الملك للموهوب له غير لازم .. » .

(٢) في الأصل : « فإن » . (٣) في الأصل : « و » .

شريكة إن كان موسرا وإلا عتق ما عتق ورق ما رق» (١).

على أنا نقول : قوله : « عتق كله (٢) » أى يعتق كله محمولا على ما ذكرنا عملا (٣).

والله أعلم .

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ١٦٥ نقلا عن بلوغ المرام رقم ١٢٢١ ص ٢٢١ .
وسبل السلام ، ٤ : ١٣٣٦ - ١٣٣٧ ، ص ١٤٩٧ - ١٥٠٠ .

(٢) فى الحديث المتقدم (ص ١٦٥) وهو : « من أعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك » .

(٣) فى الهامش من آخر هذه الصفحة (١/٦٠ من المخطوطة) « ... أم الولد غير متقومة إن ولدها يحدث حرا ولو كانت متقومة لكان الولد مالا متقوما بالأصل » وفى التحفة ، ٢ : ٤٠٩ : « ... ولقب المسألة أن أم الولد غير متقومة من حيث إنها مال (وفى نسخة : غير مال) عند أى حنيفة رحمه الله - خلافا لهما » .

قال الكاسانى ، ٤ : ٨٧ - « وكذا إعتاق أم الولد متجزئ والثابت له عتق النصف وإنما يثبت له العتق فى النصف الباقي لا بإعتاقه بل لعدم الفائدة فى بقاء نصيب الشريك كما فى الطلاق والعفو عن القصاص على ما عرف فى مسائل الخلاف . والله أعلم .

وأما الاستيلاء فممنوع أنه لا يتجزأ بل هو متجزئ فإن الأمة المشتركة بين اثنين إذا جاءت بولد فادعياه جميعا صارت أم ولد لهما إلا أنه إذا ادعى أحدهما صارت كلها أم ولد له لوجود سبب التكامل وهو نسبة كل أم الولد إليه بواسطة الولد على ما تذكره فى كتاب الاستيلاء . وما من متجزئ إلا وله حال الكمال إذا وجد السبب بكمال يتكامل وإذا وجد قاصرا لا يتكامل بل يثبت بقدره . وفى مسائلنا وجد قاصرا فلم يتكامل » الكاسانى ، ٤ : ٨٧ . وانظر : ابن الممام ، فتح القدير ج ٤ ، ص ٣٧٧ وما بعدها .

٦٧ - مسألة : العتق لا يتجزأ^(١) .

والوجه فيه - أن تجزؤ العتق إما أن يكون بثبوت العتق في جزء معين ، أو بثبوت العتق في جزء غير معين .

٢/٦٠ لا وجه للأول - / لأنه خلاف الإجماع .

ولا وجه للثاني - لأن العتق عبارة عن قوة [حكمية للذات يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه^(٢)] . ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعا - ففقط بعدم تجزؤه [^(٣)] .

فإذا ثبتت القوة في جزء ، يتعين ذلك الجزء من بين سائر الأجزاء . وإذا انحصر تجزؤ^(٤) العتق في هذين القسمين .

وكل واحد منهما منتف [ف] انتفى التجزؤ^(٥) .

فإن قيل : التعليل يخالف مذهبكم بدليل ما ذكر محمد في الزيادات : رجل له ثلاثة أعبد فدخل عليه اثنان فقال : أحدهما حر ، فخرج أحدهما ثم دخل الآخر فقال : (١) راجع المسألة ٦٦ : « الإعناق يتجزأ » ص ١٥٨ وما بعدها . ومحمد بن الحسن ، الأصل ، ٤ : ٢٣٢ - ٢٣٣ .

(٢) من الكاساني ، ٤ : ٩٨ . وفي الأصل عبارة غير مقروءة هكذا : « .. العتق عبارة عن قوة دافعة تحو سبب الملك توحه ... » .

(٣) من البحر الرائق لابن نجيم ، ٤ : ٢٥٣ . وانظر أيضا : الكاساني ، ٤ : ٨٦ . والزيلعي والشليبي عليه ، ٣ : ٧٢ .

(٤) كذا في الأصل دون نقط فتتط « تجزؤ » أو « يجزؤ » .

(٥) عبارة « فإذا ثبتت القوة ... انتفى التجزؤ » كذا في الأصل - أثبتناها كما هي بعد محاولات متعددة في تقويم العبارة غير مجدية . وانظر في الموضوع : الكاساني ، ٤ : ٨٦ . والزيلعي والشليبي عليه ، ٣ : ٧٢ . وابن نجيم ، البحر ، ٤ : ٢٥٣ ، والمداية وشروحه وخاصة فتح القدير ، ٤ : ٣٧٧ وما بعدها . والله أعلم .

أحدكم حر ثم مات قبل البيان - فإنه يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربعه عند محمد . وعند أبي حنيفة وأبو يوسف نصفه - فاتفقوا على تجزئ العتق .

ثم نقول : لم قلتم بأنه لا يثبت العتق في جزء غير معين ؟ .

قولكم : لو ثبت في جزء تخصص ذلك الجزء بزيادة قوة ، فيلزم منه تمييزه من بين سائر الأجزاء . قلنا : متى ؟ إذا عرف ذلك الجزء من بين سائر الأجزاء أم إذا لم يعرف ؟ م ع - ولا يمكن دعواه ، بدليل أن بيع الجزء المشاع جائز وإن لم يتعين من بين سائر الأجزاء ، ولكن لما [لم] يعرف^(١) من بين سائر الأجزاء لا يثبت التعيين .

ثم نقول : ثبوت العتق في الكل يكون عتقا من غير إعنتاقه ، وذلك ضرر .

ثم هذا معارض بما أورده البخارى ومسلم في الصحيحين عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « من أعتق شريكا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل ، فأعطى شركاءه حصصهم ، وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق »^(٢) .

الجواب :

قوله : التعليل يخالف مذهبكم - قلنا : لا نسلم .

وأما المسألة - قلنا : الإعتاق ثمة عبارة عن إزالة الملك / ، لأن الملك يتجزأ وليس من ضرورة تجزؤ الملك تجزؤ العتق ، على ما قررنا في مسألة تجزؤ الإعتاق^(٣) .

قوله : لم قلتم بأنه لا يثبت في جزء غير معين - قلنا : لما ذكرنا .

(١) في الأصل : « تعرف » .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ١٦٥ . وبلوغ المرام رقم ١٢٢١ ص ٢٢١ . وسيل السلام ، ٤ : ١٣٣٦ ، ١٣٣٧ ص ١٤٩٧ - ١٥٠٠ .

(٣) راجع المسألة السابقة « الإعتاق يتجزأ » رقم ٦٦ ص ١٥٨ وما بعدها .

قوله : متى ؟ إذا عرف من بين سائر الأجزاء أم إذا لم يعرف - قلنا : إذا ثبت أنه اختص بزيادة القوة يلزم منه تعيينه من بين سائر الأجزاء .

وأما ما ذكر من جواز بيع الجزء المشاع - قلنا : البيع تصرف في الملك والملك يتجزأ ، أما العتق [ف] تصرف في الرق ، و (١) الرق لا يتجزأ .

وأما قوله : ثبوت العتق في الكل يكون عتقا من غير إعتاقه ، وذلك ضرر - قلنا : نعم ، ولكنه ضرر حصل ضمنا وضرورة ، لما ذكرنا من الدليل ، وإنه ينجر هذا الضرر بالضمان أو الاستسعاء رعاية للجوانب .

وأما الحديث - [ف] معارض بما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « من أعتق شقيصا من مملوك فعليه خلاصه في ماله . فإن لم يكن له مال قوم المملوك قيمة عدل ثم استسعى غير مشقوق عليه » متفق على صحته (٢) ولو لم يعتق (٣) الكل لما أوجب الضمان أو السعاية ، لمكان النافي .

٦٧ مكررا (٤) - مسألة : إذا اشترى أباه ناوليا عن كفارة يمينه أجزأه عن الكفارة ، خلافا له .

والوجه فيه - أنه أتى بتحرير الرقبة ، فوجب أن يخرج عن العهدة .

ولنما قلنا ذلك - لأنه أتى بإعتاق الرقبة ، لأن الإجماع منعقد على ثبوت العتق في المحل ، ولا يثبت العتق في المحل إلا بإعتاقه لمكان النافي .

وإذا ثبت أنه أتى بتحرير الرقبة ، وجب أن يخرج عن العهدة ، لأن المعنى من بقاءه في العهدة استحقاقه للعقاب المتعلق بترك الإتيان بالتحرير ، ويستحيل ذلك ولا ترك (٥) .

(١) « و » غير ظاهرة في الأصل وموضعا بياض .

(٢) راجع فيما تقدم ص ١٦٥ والهامش ٢ منها .

(٣) في الأصل « نعتق » . (٤) كررنا الرقم لعدم تغيير الأرقام التالية .

(٥) الظاهر أنه يستحيل خروجه عن العهدة وعن العقاب بلا ترك الإتيان بالتحرير .

فإن قيل : لا نسلم بأن الإعتاق وجد منه .

قولكم : بأن العتق ثابت في المحل ، ولا يثبت العتق في المحل بدون إعتاقه / لما فيه من ٢/٦١
ضرر زوال الملك - قلنا : لا نسلم بأن ملك الابن ثابت (١) على الأب ، وهذا لأن
الملك عبارة عن القدرة على التصرفات ، والابن لا يملك على ربة الأب من التصرفات
شيئا ، فلا يكون (٢) الملك ثابتا .

ولئن سلمنا أنه وجد منه الإعتاق ، ولكن لم قلّم بأن الأب ربة - وهذا لأن الربة
عبارة عن المملوك - هكذا ذكره الخليل (٣) ، والأب ليس بمملوك لما ذكرنا .

ولئن سلمنا أنه مملوك ، ولكن متى يخرج عن العهدة : إذا كان منتفعا به أم إذا لم
يكن ؟ م ع . وهذا لأننا أجمعنا على أنه لو أعتق العمياء والشلاء ، لا يخرج عن
العهدة ، لفوات بعض الانتفاعات ، فههنا أولى ، لفوات الكل .

ولئن سلمنا أنه منتفع به ، ولكن متى يخرج عن العهدة : إذا كان الإعتاق يعرض أم
إذا لم يكن ؟ م ع . ولا يمكن دعوى الأول ، لأنه لو أعتق على مال ناويا عن الكفارة لا
يصح ، والإعتاق ههنا بعوض ، وهو الثواب الحاصل بمجازاة نعم الأب ، لقوله عليه
السلام : « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه ، فيعتقه » (٤) .

الجواب :

أما قوله : بأن ملك الابن ثابت على الأب (٥) - قلنا : لأن العتق ثابت ولا عتق

(١) « ثابت » غير واضحة في الأصل .

(٢) في الأصل : « فلا يكون فلا يكون » فتكررت العبارة .

(٣) لا توجد نقطة على الحاء في الأصل . وفي مختار الصحاح : « والرقة أيضا المملوك » .

(٤) ذكره في بلوغ المرام ، رقم ١٢٢٢ ص ٢٢١ بلفظ : « لا يجزى ... » بدل « لن ..

يجزى ... » وانظر أيضا فيه رقم ١٢٢٣ ص ٢٢٢ . وسئل السلام ، ٤ : رقم ١٣٣٨ و ١٣٣٩
ص ١٥٠١ - ١٥٠٢ .

(٥) في الأصل : « على الابن » وظاهر أنه خطأ من الناسخ .

بدون الملك ، لقوله عليه السلام : « لا عتق إلا فيما يملك »^(١) وكذا قوله عليه السلام : « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر »^(٢) .

وأما قوله بأن الابن^(٣) لا يملك التصرفات عليه - قلنا : لأن شرطه دوام الملك ، ولم يوجد .

أما قوله : لم قلت بأن الأب رقة - قلنا : لأن الرقة ذات أو مملوك^(٤) ، والأب ذات ومملوك لما ذكرنا .

قوله : متى يخرج عن العهدة : إذا كان منتفعا به أم إذا لم يكن ؟ قلنا : إذا كان منتفعا به وهو منتفع به .

قوله : الابن لا ينتفع به - قلنا : إمكان الانتفاع ثابت ، وهو منتفع لولا المانع .

قوله : متى يخرج عن العهدة : إذا كان الإعتاق بعوض أم إذا / لم يكن ؟ - قلنا : إذا كان بغير عوض ، وإنه بغير عوض دنيأوى ، والمانع من الخروج عن العهدة هو العوض الدنيأوى كما ذكر ، أما ههنا بخلافه .

١/٦٢

٦٨ - مسألة : الشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد ، خلافا لهما .

(١) لم يورده صاحب بلوغ المرام . في « كتاب العتق » ولا في « باب المدير والمكاتب وأم الولد » انظر فيه ص ٢٢١ - ٢٢٣ . وسبل السلام ، ٤ : ص ١٤٩٤ - ١٥١٢ .

(٢) أورده صاحب بلوغ المرام تحت رقم ١٢٢٣ ص ٢٢٢ . وكذا صاحب سبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٣٩ ص ١٥٠١ - ١٥٠٢ .

(٣) في الأصل كذا : « الأب » .

(٤) في المعجم الوسيط : الرقة وتطلق على جميع ذات الإنسان تسمية للشئ باسم بعضه لشرفه وأهميته . وجعلت في التعارف اسما للمملوك أو المكاتب . تقول : أعتق رقة : عبدا أو أمة . وأعتق الله رقبته .

والوجه فيه - أن هذه شهادة قامت على حق العبد ، فلا تقبل من غير دعواه ، قياسا على الشهادة القائمة على ملك الأموال .

وإنما قلنا ذلك - لأنها قامت على غتقه ، وعتقه حقه ، لأن حق العبد ما تعلق به نفع عاجل للعبد ، وعتقه قد تعلق به نفع عاجل له ، وهو تمكنه من استيفاء مصالح نفسه وأهليته للقضاء والشهادة وغيرها ، ودفع ضرر تملك الغير عن نفسه ، فامتناعه من الدعوى يدل على أن الحق غير ثابت ، لأنه لو كان ثابتا لأقدم عليه استيفاء لحقه ، وإذا لم يكن ثابتا ، يختل الصدق في الشهادة ، فلا تقبل .

فإن قيل : قولكم بأن العتق قد تعلق به نفع عاجل للعبد - قلنا : نفع يقصد بالإعتاق أم نفع يحصل بطريق الاتفاق ؟ ع م - وهذا لأن النفع الذي يقصد بالإعتاق حصول الثواب والثناء ، لا نفع العبد ، فلا يشترط الدعوى لمثل هذا النفع الاتفاق .

ولئن سلمنا أنه تعلق به نفع العبد مقصودا ، ولكن كل المقصود أم بعض المقصود ؟ ع م - وهذا لأن نفع العبد كما هو مقصود من شرع الإعتاق ، فثبت أهلية حقوق الله تعالى من وجوب الزكاة والحج والكفارات والجمع وغيرها أيضا مقصود للشرع . وإذا كان حق الشرع من وجه وحق العبد من وجه ، تقبل الشهادة من غير دعواه ، كالشهادة على عتق الأمة وطلاق المرأة .

٢/٦٢ ولئن سلمنا أنه هذا نفع يختص بالعبد ، ولكن كما أن العبد ينتفع ، فالناس / أيضا ينتفعون بذلك ، فتقبل الشهادة من غير دعواه ، كما في الحدود .

ولئن سلمنا أنه حق العبد ، ولكن لم قلتم بأن امتناعه يدل على أن الحق غير ثابت ؟ .

قوله : لو كان ثابتا لأقدم على الدعوى استيفاء لحقه - قلنا : متى ؟ إذا كان عالما بالنفع المتعلق بالإعتاق أم إذا لم يكن ؟ م ع - وهذا لأن المولى ربما أعتقه بغير علمه .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على إقدامه ، ولكن تعلق الضرر بالعتق بسبب وجوب المؤن والنفقات مما يمنعه عن ذلك .

الجواب :

قوله : نفع العبد قصد بالإعتاق أم لم يقصد ؟ قلنا : قصد ، لأن العبد محتاج إليه ، وهو يستحق النظر والكرامة ، والشرع ورد به .

قوله : كل المقصود أم بعض المقصود ؟ قلنا : كل المقصود الأصل من شرع الإعتاق ، لأنه يتصور العتق بدون اندفاع^(١) تملك الغير عنه .

أما أهلية حقوق الله مما ينفك العتق عنها ، بدليل الطفل والمجنون - بخلاف الأمة والطلاق ، فإنه يضمن تحريم الفرج وضررها فوق ضرر العبد^(٢) .

قوله : كما أن العبد ينتفع به ، فالناس ينتفعون به - قلنا : بلى ، ولكنه ينتفع^(٣) بحصته ، بخلاف الحدود ، لأنهم ينتفعون بها بطريق الانزجار .

قوله : بأن المولى ربما أعتقه بغير علمه - قلنا : لو كان العتق حاصلًا ، لكان العبد عالما به ظاهرا وغالبا ، لأن من أنعم على غيره ، فالظاهر أنه يعلمه تطيبا لقلبه وطلبًا للمدح والثناء .

قوله : تعلق العتق بالضرر^(٤) يمنعه - قلنا : نفع الإعتاق يزيد على ضرره ، بدليل أن كل عبد إذا خبر بين الحرية والرق ، يختار الحرية ، فعلم أنه لا يقابله الضرر ، فلا يمنعه من الدعوى .

والله أعلم .

(١) لعل الأوضح أن يقال : « بدون دفع ... » أو « مع اندفاع .. » .

(٢) هذا رد على قوله المتقدم (ص ١٧٣) : « ثبوت أهلية حقوق الله تعالى من وجوب الزكاة والحج والكفارات والجمع وغيرها أيضا مقصود للشرع . وإذا كان حق الشرع من وجه وحق العبد من وجه تقبل الشهادة من غير دعواه كالشهادة على عتق الأمة وطلاق المرأة » وذلك لتحريم الفرج - انظر الكاساني ، ٤ : ١١٠ - ١١١ .

(٣) في الأصل : « ينفع » .

(٤) قبل كلمة « بالضرر » كلمة غير واضحة . وهو رد على القول فيما تقدم : « ... ولكن تعلق الضرر بالعتق بسبب وجوب المؤن والنفقات مما يمنعه عن ذلك » .

٦٩ - مسألة : رجلان اشتريا عبدا أو اتها عبدا هو قريب أحدهما حتى عتق نصيبه ، لا يضمن لشريكه نصيبه / ، علم بذلك أو لم يعلم . وقالوا : يضمن . ١/٦٣ والوجه - أنه رضى بإفساد ملكه أو بإبطاله ، فلا يجب الضمان ، قياسا على ما إذا قال لشريكه « أعتق » .

وإنما قلنا ذلك - لأن الخلاف فيما إذا قال للشريك القريب ، « اشتر هذا العبد معي » وهذا طلب شراء القريب ، وشراء القريب يلزمه ^(١) العتق ، والعتق يلزم ^(٢) إفساد نصيبه ، والرضا بالشئ رضا به وبلوازمه ، والرضا بالضرر يخرج من أن يكون ضررا ، فلو وجب الضمان ، لا لدفع الضرر ، يكون ضررا ، والشرع ينفي ^(٣) الضرر . فإن قيل : قولكم بأنه رضى بإفساد ملكه - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر من وجهين : أحدهما - أنه ضرر ، والعاقل لا يرضى بالضرر . والثاني - أن بذل العوض في مقابلة العبد دليل تعلق المصلحة به ، فلا يرضى بإبطاله .

قوله : طلب الشراء - قلنا : طلب الشراء من حيث إنه تملك أو من حيث هو إعتاق ؟ م ع . دل عليه أنه لو رضى به من حيث هو إعتاق وإفساد ، لكان هذا شراء بشرط الإعتاق ، وإنه فاسد ، وحيث لم يفسد علم أن الرضى به لم يتعلق ^(٤) .

ولئن سلمنا أنه رضى به ، ولكن مطلقا أم بشرط الضمان ؟ م ع . وهذا لأن الظاهر لا يرضى بالضرر المحض ، فكان رضاه مشروطا بالضمان ، فيجب الضمان ^(٥) .

ولئن سلمنا أنه رضى به مطلقا ، ولكن الرضا ينفي ضمان التملك أو ضمان

(١) كذا الظاهر وقد تكون « يلزم » .

(٢) كذا الظاهر في الأصل .

(٣) هذه الكلمة « ينفي » غير واضحة في الأصل .

(٤) انظر : الكاساني ، البدائع ، ٤ : ٤٩ - ٥٠ .

(٥) راجع ما تقدم قبل بسطور قليلة قوله : « والثاني - أن بذل العوض في مقابلة العبد دليل تعلق المصلحة به فلا يرضى بإبطاله » .

الاتلاف ؟ ع م : بيانه - أن هذا ضمان تملك ، بدليل أنه لا يتمكن من إفساد نصيب الغير وإبطاله إلا بالتملك ، وإنه لا ينفي الضمان ، كما إذا استولد أحدهما الجارية المشتركة برضا صاحبه : يجب الضمان - كذا هذا .

الجواب :

قوله : الظاهر من حال العاقل أنه لا يرضى بتلف ماله - قلنا : متى ؟ إذا تعلق به نفع أم إذا لم يتعلق ؟ ع م - وقد تعلق به نفع ، وهو ثبوت العتق على / وجه يستفيد الثناء والثواب أو المال بسبب السعاية على بعض الروايات .
وبه خرج الجواب عن قوله : بذل العوض في مقابلته .

٢/٦٣

قوله : طلب الشراء من حيث هو تملك أو من حيث هو (١) إعتاق - قلنا : من الوجهين جميعاً (٢) ، لأنه طلب الشراء ، وهذا الشراء له وصفان : التملك والإعتاق ، والرضا به يكون رضا بالوصفين جميعاً .

قوله : لو رضى به من حيث هو إعتاق ، لكان شراء بشرط الإعتاق ، فيفيد - قلنا : لا نسلم ، فإن الشراء إنما يفيد باشتراط الإعتاق فيه ، ولم يوجد منهما ذلك ، بل وجد الرضا بموجب الشراء .

قوله : بأن الإعتاق بدون الضمان إضرار ، والظاهر أنه لا يرضى به - قلنا : إنما لا يكون راضياً به إذا لم يقابله نفع يعادله ، وقد قابله على ما مر . على أن كونه عاقلاً ، إن كان يمنع الرضا بدون الضمان ، فكون القريب عاقلاً يمنع التزام الضمان .

قوله : بأن هذا ضمان تملك أو ضمان إفساد - قلنا : ضمان إفساد : أما على أصل أى حنيفة ، فلأن الإعتاق يتجزأ (٣) . وأما على أصلهما ، وإن كان لا يتجزأ (٤) ، ولكنه ليس يملك أصلاً ومقصوداً بل ضمناً وضرورة ، فلا يراعى فيه حكمه .

(١) عبارة « تملك أو من حيث هو » وردت في الهامش مع علامة النقص في هذا الموضع .

(٢) في الأصل كذا : « جميعاً » - وانظر ما يلي بعد كلمات .

(٣ - ٤) راجع فيما تقدم المسألة رقم ٦٦ ص ١٥٨ وما بعدها .

٧. — مسألة : المكاتب إذا مات عن وفاء ، لا ينفسخ عقد الكتابة ، بل يؤدي بدل الكتابة عنه ، ويحكم بحريته وحرية أولاده وسلامة أكسابه . وعنده ينفسخ وتسلم الأولاد والأكساب للمولى^(١) .

والوجه فيه - أن عقد الكتابة صدر مطلقا ، غير مختص بزمان دون زمان ، فوجب القول ببقائه ، قياسا على موت المولى .

وإنما قلنا ذلك - لأن الكلام فيما إذا لم يقيد بزمان ، فوجب القول ببقائه ، لأن المصالح المتعلقة بالكتابة للمولى وللمكاتب ، من حصول بدل الكتابة والولاء والثواب وحصول شرف الحرية وعتق الأولاد يمكن تحصيلها بعد الموت عن وفاء ، فيبقى هـ / ، تحصيلها لها .

١/٦٤

فإن قيل : قولكم بأن مصالح الكتابة يمكن تحصيلها بعد الموت - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأن حاجة المولى الوصول إلى المال ، وينسخ الكتابة يكون المال أبلغ حصولا ، لأنه يسلم له أكسابه وأولاده ، وذلك أوفر من بدل الكتابة ، وحاجة المكاتب من الحرية التمكن من التصرفات وأهليته للولايات والشهادات ، وهذه الحوائج تنتهي بالموت . أما عتق الأولاد فذلك من توابع الكتابة ، فلا معول عليها .

وأما القياس على موت^(٢) المولى - فالفرق ظاهر ، لأن المولى عاقد والمكاتب عاقد ومعقود عليه ، وهلاك العاقد لا يخل ببقاء العقد ، ولكن هلاك المعقود عليه يخل به ، كموت البائع وهلاك المبيع . ولأن الحرية لو ثبتت : إما أن تثبت قبل الموت أو بعده : لا وجه للأول ، لانعدام شرط الحرية وهو الأداء . ولا وجه للثاني ، لانعدام الأهلية والمحلية أو لانعدام الفائدة ، فلا تثبت .

الجواب :

أما قوله بأن حاجة المولى الوصول إلى المال وينسخ الكتابة يكون المال أبلغ

(١) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٤١٩ .

(٢) « موت » غير ظاهرة في الأصل .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ١٢)

حصولاً - قلنا : عقد الكتابة ما عقد للوصول إلى مطلق الحال ، بل إلى بدل الكتابة والثناء والثواب ، ولا حصول لهذه الأغراض إلا ببقاء عقد الكتابة .

قوله : حاجة المكاتب تنتهى بالموت - قلنا : لا نسلم ، بل حاجته قائمة ، لأن حاجته تحصيل آثار الحرية ومالكيتها لاكتسابه^(١) على وجه يظهر في حق تجهيزه وقضاء ديونه وحرية أولاده ودعائهم له بعد موته .

قوله : بأن هلاك المعقود عليه يخل ببقاء العقد - قلنا : يخل ببقاء العقد لذاته أو لتعذر الوصول إلى مقاصد العقد ؟ ع م . وهذا لأن الحكم المختص بالكتابة استحقاق الاكتساب^(٢) والحرية ، ويمكن إثبات الحرية في آخر جزء من أجزاء حياته . بخلاف هلال المبيع / فإنه يمنع الوصول إلى المقصود المطلوب من العقد . ٢/٦٤

قوله : الحرية لو ثبتت إما أن تثبت قبل الموت أو بعده - قلنا : قبل الموت . قوله : شرط الحرية الأداء ولم يوجد - قلنا : شرط الحرية الأداء على تقدير بقاء المكاتب . أما على تقدير موته [فـ] نقدره حياً مؤدياً حكماً ، دفعاً للحاجة من الجانبين ، كما في موت المولى فإننا نقدره معتقاً مع ما ذكرتم من التزديد .

٧١ - مسألة : يبيع المدبر المطلق لا يجوز . وهو أن يقول لعبده : « دبرتك » أو يقول : « أنت حر بعد موتى » .

وأجمعوا على أن يبيع المدبر المقيد يجوز ، وهو أن يقول : « إذا مت من هذا المرض فأنت حر » .

والوجه فيه - أن التدبير انعقد سبباً للحرية في الحال ، فوجب الحجر عن البيع ، قياساً على الاستيلاد^(٣) .

(١) كذا في الأصل : « لاكتسابه » وتقدم في عبارة المسألة نفسها : « أكسابه - والأكساب » . وكذا في مجال البيان « أكسابه » .

(٢) انظر الهامش السابق .

(٣) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٤٠٨ - ٤١٠ .

وإنما قلنا ذلك - لأن الحرية بعد الموت إنما تحصل به ، ولا يمكن أن يكون سببا بعد الموت ، لعدم الأهلية ، فتعين أن يكون سببا في الحال ، فوجب الحجر عن البيع ، لأن في البيع إبطال حق العبد ، وإنه ضرر .

فإن قيل : قولكم بأن التدبير انعقد سببا للحرية في الحال - قلنا : أيش تعنى به ؟ تعنى به أنه يلزم من كلامه الحرية عند وجود الشرط ، فهذا مسلم ، ولكنه لا يمنع البيع - دل عليه أنه لو قال له : « إن دخلت الدار فأنت حر » ، لا يمنع البيع قبل دخول الدار . وإن عنيته به أن هذا الكلام علة للحرية فممنوع - دل عليه أنه لو قال : « إن مت من مرضى هذا » لا يمنع البيع - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه انعقد سببا ، ولكن لم قلتم بأنه لا يمكن أن يكون سببا بعد الموت ؟ . قوله : انعدمت الأهلية - قلنا : حقيقة أم حكما ؟ م ع . وهذا لأن الشرع يقدره أهلا عند وجود / الشرط ، كما إذا قال : « إن دخلت الدار فأنت حر » ثم جن ثم دخل الدار ، يعتق - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه انعقد سببا ، ولكن مشروطا بخيار الإبطال ، لأنه في معنى الوصية ، فيشترط فيه خيار الإبطال .

ولئن سلمنا أن الإبطال ممنوع - ولكن لم قلتم بأن البيع يبطل التدبير ؟ وظاهر أنه لا يبطله حتى لو باعه ثم اشتراه يكون مدبرا ، وإذا مات يعتق من غير تدبير جديد .

الجواب :

عنينا بسبب الحرية كونه [محققا لحالة^(٢)] شرعية تقتضى ثبوت الحرية ، كسائر الأسباب الشرعية^(٣) - بخلاف قوله : « إن دخلت الدار فأنت حر » ، لأن هناك

(١) هنا كلمة غير ظاهرة .

(٢ - ٣) في الأصل غير كاملة ففيه كذا : « مخلا بحاله » . وفي تعريفات الجرجاني : « السبب في الشريعة عبارة عما يكون طريقا للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه » وفي ميزان الأصول للسمرقندي ، ص ٦١٠ : « وهو ما يتوصل به إلى الحكم من غير أن يثبت به » كالحبل الذي هو =

أخرنا الحكم عن السبب ضرورة . أما لا ضرورة ههنا . أو نقول ثمة : لم يثبت وصف السببية في الحال ، بل منع من انعقاده سببا . وبخلاف المدبر المقيد ، لأنه تعذر جعله سببا بعد الموت - لما مر ، وتعذر جعله سببا للحال ، لأنه تردد في جعله سببا ، لأنه ربما يموت من هذا المرض وربما لا يموت ، أما ههنا بخلافه .

قوله : انعدمت الأهلية بعد الموت حقيقة أم حكما ؟ - قلنا : حقيقة وحكما . أما حقيقة فظاهر . وأما حكما ، فلائنه لا يجرى عليه أحكام الأحياء - بخلاف قوله : « إن دخلت الدار فأنت حر » ثم جن ، لأن ثمة يمكن تقديره أهلا ومعتقا . ووجه الفرق أن هذا تصرف محتاج إليه عادة ، فتكلفنا لتصحيحه (١) .

قوله : هذا سبب مشروط بخيار الإبطال - قلنا : لا نسلم .

قوله : التدبير وصية - قلنا : لا نسلم ، بل هو تمليك بعد الموت . ولهذا لا ينعقد بلفظ الوصية ، ولا يعتبر من الثلث ، ولا يرد بالرد (٢) .

قوله : لم قلتم بأن التدبير يطل بالبيع - قلنا : لأن السبب إنما ينعقد ليفضي إلى الحكم ، إما قطعا أو غالبا . فإذا باع فالظاهر أنه يبقى على ملك المشتري / فيصير الحكم موهوما غير غالب .
والله أعلم .

٢/٦٥

= سبب يتوصل به إلى الماء ، وإن كان يحصل الوصول بالاستقاء . وكذلك الطريق يتوصل به إلى المقصد وإن كان الوصول يحصل بالمشي ، لا به .

(١) هنا في الهامش عبارة غير مقروءة من معالها : « هذا الطريق وذلك يحتاج إليه ولا يتكلف لتصحيحه » .

(٢) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٤١٢ وما بعدها .

[٧] كتاب الأيمان

٧٢ - [مسألة :] إذا قال الرجل : « الله على أن أذبح ولدى أو أنحره » (١) -
يصح (٢) نذره ويخرج عن العهدة بذبح شاة .

وأجمعوا على أنه لو قال : « الله على أن أقتل ولدى » - إنه لا يصح .
والوجه فيه - أن الناذر بذبح الولد مأمور بذبح الولد ، فيلزمه ذبح الشاة بطريق
الفداء ، استدلالا بقصة (٣) الخليل عليه السلام .

وإنما قلنا : إن الناذر بذبح الولد مأمور بذبح الولد لقوله تعالى : ﴿ وليوفوا
نذورهم ﴾ (٤) - أمر الله تعالى بالوفاء بالنذر مطلقا ، والوفاء ههنا بالنذر ذبح الولد .
وإنما قلنا يلزمه ذبح الشاة ، لأن الإتيان بعين المنذور به تعذر ههنا بالإجماع ، فيجب
الإتيان بالفداء وفاء بالنذر ، بقدر الإمكان - كما ذكرنا في قصة (٥) الخليل عليه
السلام .

فإن قيل : قولكم بأن الناذر بذبح الولد مأمور به - قلنا : أولا - لا نسلم أنه
ناذر ، وإنما سميناه « ناذرا » بطريق المجاز ، لأن النذر تصرف إيجاب مضافا إلى محل
قابل ، وإنه غير موجود ههنا .

(١) الذبح في الحلق والنحر في اللبة - مختار الصحاح .

(٢) في الأصل كذا : « نصح » .

(٣) قد تكون « بقضية » - انظر فيما يلي الهامش ٥ ، وسيأتى فيما بعد « قصة » و
« بقضية » .

(٤) الحج : ٢٩ - ﴿ ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ .

(٥) لعلها : « قضية » راجع فيما تقدم الهامش ٣ . وسيأتى فيما بعد : « قصة » و
« بقضية » .

ولئن سلمنا أنه نادر ، ولكن لم قلتم بأنه مأمور بذبح الولد ؟ .
وأما النص - قلنا : لا يتناوله ، لأنه ورد في شأن الحج ، فكان المراد منه ذبح الشاة
والهدى ^(١) لا ذبح الولد .

ولئن سلمنا أنه مأمور بذبح الولد - لكن لم قلتم بأنه يلزمه ذبح الشاة ؟ .
قوله : تعذر الإتيان بعين المنذور - فيجب الإتيان بالفداء - قلنا : لا نسلم بأن
الإتيان بالفداء يصلح أن يكون وفاء بالنذر بوجه من الوجوه .
وأما قصة الخليل - قلنا : لا نسلم بأنه أمر بذبح الولد . أو نقول : أمر بمقدمات
الذبح ، وقد أتى بها . أو نقول ، لم قلتم بأن ذبح الشاة كان واجبا بذلك الأمر ؟ .
ولا نسلم أن الشاة تصلح فداء ، ولأن ذبح الشاة ههنا : إما أن يجب بطريق الفداء
أو لا بطريق الفداء .

١/٦٦ إن قال بالثاني - فلا يصح الاستدلال بقضية الخليل . وإن / قال بالأول ، فلا
يمكن ، لأن الفداء ما يتحمل مكروها متوجها على الغير بحيث لولاه لنزل به ^(٢) . وهذا
يتصور في حق الخليل عليه السلام ، أما لا يتصور في المتنازع فيه ، وصار هذا كما إذا
قال : لله على أن أقتل ولدى أو أذبح عبدي - فإنه لا يصح نذره - كذا هذا .
ثم هذا معارض بما روى البخارى وأبو داود في صحاحهما ^(٣) عن عائشة قالت :
قال رسول الله ﷺ : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا
يعصه ^(٤) » وبما روى مسلم وأبو داود في الصحيح عن عمران بن حصين قال : قال
رسول الله ﷺ : « لا وفاء لنذر في معصية ، ولا فيما [لا] يملك العبد ^(٥) » مختصر من

(١) الهذى ما يهدى إلى الحرم من النعم - مختار الصحاح .

(٢) في تعريفات الجرجاني : « الفداء البدل الذى يتخلص به المكلف عن مكروه توجه
إليه » .

(٣) في الأصل : « في صحاحهم » .

(٤ - ٥) في بلوغ المرام ، رقم ١١٨٠ ص ٢١٥ : « ... وللبخارى من حديث عائشة : =

حديث طويل .

الجواب :

الدليل على أن هذا نذر حقيقة أن هذه الصيغة إذا أضيفت إلى الشاة كانت نذرا ، والمعصية لا تخرجه من أن يكون نذرا ، لأنه سمي « نذرا » في الحديث ، والأصل هو الحقيقة .

قوله : الآية نزلت في حق الحاج - قلنا : إذا ثبت هذا الحكم في حق الحاج ، يثبت في حق غيره ، بنتيجة الإجماع .

قوله : إن كان مأمورا بذبح الولد لم يلزمه ذبح الشاة - قلنا : توفيراً لأحد موجبي الأمر .

قوله : لم قلم بأنه يصلح موجبا - قلنا : استدلالا بقصة الخليل .

قوله : لم قلم بأن الخليل أمر بذلك - قلنا : لقوله : ﴿ يا أبت افعل ما تؤمر ﴾^(١) ، أى ما أنت مأمور به في الحال .

قوله : أمر بمقدمات الذبح - قلنا : لا نسلم ، بل بالذبح بدليل سياق الآية^(٢) .

قوله : لم قلم : إن ذبح الشاة كان واجبا بذلك الأمر - قلنا : لأن الله سماه

« ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » ولمسلم من حديث عمران : لا وفاء لنذر في معصية « وفيه أيضا ، رقم ١١٨٣ ص ٢١٥ : « وعن ثابت بن الضحاك أن رسول الله ﷺ قال من حديث طويل : « أوف بنذكرك ، فإنه لا وفاء لنذر في معصية الله ولا في قطيعة رحم ولا فيما لا يملك ابن آدم » رواه أبو داود والطبراني واللفظ له وهو صحيح الإسناد وله شاهد من حديث كَرْدَم عند أحمد . وانظر أيضا فيه رقم ١١٨٦ ص ٢١٦ . وكذا سبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٨٩ و ١٢٩٠ ص ١٤٥٠ - ١٤٥١ و رقم ١٢٩٣ ص ١٤٥٣ و ١٤٥٤ .

(١) الصافات : ١٠٢ وانظر الهامش التالي .

(٢) راجع من سورة الصافات الآية ١٠٠ وما بعدها ومنها الآية ١٠١ : ﴿ فلما بلغ معه السعى قال يا بني إني أرى في المنام أني أذبحك فانظر ماذا ترى ... ﴾ .

فداء (١) .

قوله : لم قلعتم بأنه يصلح فداء - قلنا : لأن تسميته ، [و] قد أعقبت الأمر بذبح الولد ، يدل على التصور والصلاحية .

قوله : أوجبتم ذبح الشاة بطريق الفداء أم بطريق الابتداء ؟ قلنا : بطريق الفداء ، لأننا نوجب بواسطة إيجاب الله / تعالى ، لأنه أمر بالوفاء بالنذر ، فكان الأمر متناولا لذبح الولد ، فكان بحال لولا وجوب ذبح الشاة ، لوجب ذبح الولد . ٢/٦٦

وأما قوله : « لله على أن أقتل ولدى » - قلنا : هذه اللفظة لا تستعمل في القربات التي يصح التزامها بالنذر ، حتى لو قال : « لله على أن أقتل شاتي » لا يصح النذر ، والنذر بذبح العبد خص عن قضية النص ، فلا يدل على التخصيص ههنا .

وأما الحديث الأول - قلنا : نقول بموجبه : إنه لا يعصى الله بذبح الولد .

وأما الحديث الثانى أيضا - قلنا : بموجبه ، لأنه لا وفاء حيثئذ بذبح الشاة ، إنما الوفاء بذبح الولد ، وذلك المنفى بالحديث .

والله أعلم .

٧٣ - مسألة : اليمين الغموس لا توجب الكفارة (٢) .

والوجه فيه - أن هذه جناية مكفرة بالتوبة ، فلا تجب كفارة أخرى ، قياسا على سائر الجنایات (٣) .

(١) سورة الصافات : ١٠٧ : ﴿ وفديناه بذبح عظيم ﴾ .

(٢ - ٣) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٤٣٥ - ٤٣٦ : « وأما اليمين التي لا تكفر فهي يمين الغموس - وهي اليمين الكاذبة قصدا - في الماضى : كقوله : « والله لقد دخلت هذه الدار » وهو يعلم أنه ما دخلها . وفي الحال نحو قوله لرجل : « والله إنه عمرو » مع علمه أنه زيد - ونحوها . وحكمها وجوب التوبة والاستغفار ، دون الكفارة بالمال ، عندنا . وعند الشافعى : تجب الكفارة بالمال - وهي مسألة معروفة » .

ولأنما قلنا إنها مكفرة بالتوبة بالنصوص ، نحو قوله تعالى : ﴿ وتوبوا إلى الله جميعاً - الآية ﴾ (١) وقوله عليه السلام : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » وقوله : « التوبة تمحو الحوبة » (٢) ، فلا تجب الكفارة ، لأن الدليل ينفي إيجاب الكفارة لكونه ضرراً ، إلا أنا خالفناه في بعض الصور ولا نخالفه ههنا .

فإن قيل : قولكم بأن هذه جناية مكفرة بالتوبة - قلنا : لا نسلم .

وأما النصوص - قلنا : خص منها اليمين المنعقدة ، وهي مثل هذه الجناية في كونه هتكا لحرمه اسم الله ، فالتخصيص ثم تخصيص (٣) ههنا .

ولئن سلمنا أنها مكفرة بالتوبة - ولكن لم قلتم بأنه لا يجب الإعتاق ؟ .

قوله : لأنه ضرر (٤) - قلنا : متى يكون ضرراً : إذا قابله نفع أم إذا لم يقابله ؟ ع م - وهذا لأن العقلاء لا يطلقون اسم الضرر على الزراعة والحجامة (٥) وغيرها لما قابلهما من النفع ، فكذا الإعتاق : قابله نفع ، وهو الثواب ، فلا يكون ضرراً .

ولئن سلمنا أنه ضرر ولكن لم قلتم بأنه لا يجب ؟ .

أما الحديث - قلنا : قوله عليه السلام : « لا ضرر » لا يخلو : / إما أن ينفي وجوب الإعتاق أو لا ينفي : فإن كان لا ينفي لا يصح التمسك به . وإن قلتم ينفي ، فلا يصح أيضاً ، لأنكم ما منعتم وجوب الإعتاق ههنا ابتداء بل بناء على كونه ضرراً وحراماً ، ولم تثبت الحرمة لأن الإعتاق لا يتصور إلا مباحاً أو مندوباً إليه ، ولو أعتق في المتنازع لا يآثم .

(١) النور : ٣١ : ﴿ ... وتوبوا إلى الله جميعاً أيها المؤمنون لعلكم تفلحون ﴾ .

(٢) الحوبة الإثم - المعجم الوجيز . والوسيط .

(٣) « ثم » غير واضحة في الأصل . وفي الأصل كذا : « محصص » . وستأتي بعد سطور في « الجواب » .

(٤) راجع ما تقدم من قوله : « .. لأن الدليل ينفي إيجاب الكفارة لكونه ضرراً ... » .

(٥) حجم المريض عاجلة بالحجامة وهي امتصاص الدم بالمعجم - انظر المعجم الوسيط ففيه معان أخر .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم ﴾ (١) ثم فسر الكسب بقوله : ﴿ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم - الآية (٢) ﴾ .

الجواب :

قوله بأن النصوص خص منها اليمين المنعقدة - قلنا : لا نسلم بأن التخصيص ثمة تخصيص (٣) ههنا ولا نسلم بأن هذه الجناية مثل تلك الجناية .

بيانه - أن تلك الجناية هتك حرمة (٤) اسم الله تعالى وترك التعظيم بترك البر ، وهذه الجناية ترويج الكذب بذكر الله على وجه التعظيم ، لأنه غير مستخف ، لأنه لو كان مستخفا لما كفر ، حيث حلف باللات والعزى كاذبا ، وإنه يكفر بالإجماع .

قوله : هذه الجناية إن كانت مكفرة لم لا يجب الإعتاق ؟ قلنا : لما ذكرنا أنه ضرر ، والدليل ينفيه .

والدليل على أنه إضرار أنه إزالة الملك وتقويت المنافع .

(١ - ٢) البقرة : ٢٢٥ . وانظر أيضا : المائدة : ٨٩ : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم كذلك بين الله لكم آياته لعلكم تشكرون ﴾ .

(٣) في الأصل : « تخصيصا » .

(٤) العبارة في الأصل : « هتك اسم حرمة الله تعالى » فوق « اسم » كلمة « مقدم » كما يظهر لنا - فتكون العبارة إذن : « هتك مقدم لاسم حرمة الله تعالى » ولعل الصحيح : « هتك مقدم لحرمة اسم الله تعالى » .

وسياتى في المسألة التالية (رقم ٧٤) : « وقصد هتك حرمة اسم الله حرام وذنب » و « اليمين تعريض لاسم الله تعالى للهتك » .

قوله : متى يكون ضررا - إذا قابله نفع أم لا ؟ قلنا : هذا من باب المعارضة .
قوله : قابله نفع الثواب - قلنا : بلى ، إذا فعله باختياره ورضاه ، ولا كلام فيه ،
وإنما الكلام في الإيجاب عليه جبرا من غير رضاه .

وأما قوله بأن الإعتاق ليس بحرام - قلنا : الإعتاق جبرا أم برضا ؟ ع م . وهذا
لأنه إذا أعتق باختياره ورضاه لا يكون حراما ولا ضررا ولا كلام فيه ، ولكن الإعتاق
بغير رضاه جبرا لا يكون إلا حراما ، ولهذا لو أكرهه على عتق عبده يجب عليه
الضمان .

وأما الآية - قلنا : لا نسلم بأن المؤاخظة في هذه الآية مفسرة بالكفارة ، بل تلك
آية أخرى ، وهذه أخرى في حالة أخرى ، فلا يصح التمسك بها .

٧٤ - مسألة : التكفير قبل الحنث لا يجوز .

والوجه / فيه - أن التصرف الواقع قبل الحنث ، لم يقع تكفيرا ، فلا يعتد^(١) به ، ٢/٦٧
في إسقاط الأمر الوارد بالتكفير ، قياسا على التكفير قبل اليمين .

وإنما قلنا ذلك - لأن وقوع التصرف تكفيرا يقف على وجود الذنب ، لأن الكفارة
شرعت لرفع^(٢) الذنب ، لأن الكفر في اللغة هو النستر ، وستر الذنب يقتضى قيام
الذنب ضرورة ، ولا ذنب ههنا ، لأن الموجود ليس إلا اليمين ، واليمين ليست بذنب ،
لأنه مباح بالإجماع .

قوله : لأن وقوعه تكفيرا يقف على وجود الذنب - قلنا : لا نسلم^(٣) .

فإن قيل : قولكم بأن التصرف الواقع قبل الحنث لم يقع تكفيرا - قلنا : لا نسلم .

(١) في الأصل قد تكون : « فلا يعتد به » .

(٢) في الأصل : قد تكون : « لدفع » .

(٣) « قوله : لأن وقوعه تكفيرا يقف على وجود الذنب - قلنا : لا نسلم » جاءت في

قوله : لأن الكفر هو الستر والكفارة ستر الذنب - قلنا : لا نسلم بأنه يتصور ستر الذنب .

ولكن سلمنا أنها شرعت لستر الذنب ، لكن لم قلتم بأنه لا ذنب ههنا ؟

قوله : لأن الموجود منه يمين ، وإنه مباح - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الهتك حرام ، واليمين سبب للهتك ، والتعرض للهتك حرام . أو نقول : وجد منه قصد الحنث ، بدليل إقدامه على الإعتاق ، وقصد هتك حرمة اسم الله حرام وذنب .

ولكن سلمنا أنه لم يوجد ذنب الحنث^(١) في الحال ، ولكن لا شك أنه يوجد عند الحنث ، فيكون مستندا إلى وقت وجود اليمين ، فيستند التكفير أيضا . ولأن الأصل في قاعدة الشرع أن أداء الحكم بعد وجود سببه يجوز ، كأداة الزكاة بعد النصاب قبل الحول ، وأداء العشر قبل انعقاد الحبة^(٢) ، وقد وجد السبب ههنا ، وهو اليمين ، بدليل اشتراط الأهلية حال اليمين ، لا حال الحنث .

ثم هذا معارض بما روى عبد الرحمن بن سمره قال : قال رسول الله ﷺ : « يا عبد الرحمن لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها . وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وأت الذي هو خير »^(٣) متفق على صحته - رواه البخاري ومسلم وأبو داود وابن عيسى والنسائي وابن ماجه / .

(١) الجنث الإثم والذنب وبلغ الغلام الجنث أى بلغ المعصية والطاعة بالبلوغ . والجنث الخلف في اليمين . تقول : أحنته في يمينه فجنت . وتقول : منهما جنت بالكسر جنتا بكسر الحاء - المعجم الوسيط ومختار الصحاح .

(٢) أحب الزرع بدا حبه وكذا حبب الزرع بدا حبه . والحب ما يكون في السنبل والأكم كالقمح والشعير والحببة واحدة الحب والحب من الشيء جزؤه - والعشر ما يؤخذ من زكاة الأرض التي أسلم أهلها عليها وهي التي أحيائها المسلمون من الأرضين والقطائع والجمع عشور وأعشار - المعجم الوسيط .

(٣) بلوغ المرام ، رقم ١١٧٢ ص ٢١٣ . وسبل السلام ، ٤ . رقم ١٢٨٠ ص ١٤٣٥ وفى شرح الحديث رقم ١٢٩٩ ص ١٤٥٩ .

ولا يقال بأنه معارض بما روى أبو موسى قال : قال رسول الله ﷺ : « إني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها إلا أتيت (١) الذي هي خير وتحلتها » من حديث طويل أورده البخارى ومسلم - لأننا نقول :

[أولا] هذا الحديث حجة عليكم ، لا علينا ، لأن توارد هذين الحديثين يدل على جواز التكفير قبل الحنث وبعده ، ونحن نقول به ، وأنتم لا تقولون إلا بالجواز بعده . والجواب الثانى - أن الحديث الثانى ذكر بحرف الواو ، والواو للجمع المطلق وإنه لا يقتضى الترتيب ، كما يقال « جاءنى زيد وعمرو » . وأما الحديث الأول ذكره بحرف الفاء ، وإنه للتعقيب ، فلا يحتمل التأخير ، فكان الثانى محمولا (٢) على الأول . والله أعلم .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن ستر الذنب متصور - قلنا : لقوله تعالى : ﴿ عسى ربكم أن يكفر عنكم سيئاتكم ﴾ (٣) أى يسترها ، ولأن ستر الذنب محو أثره ورفع حكمه (٤) .

قوله : لم قلتم بأن اليمين ليس بذنب - قلنا : لقوله عليه السلام : « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » (٥) .

قوله بأن اليمين تعريض لاسم الله تعالى للهتك - قلنا : لا نسلم ، بل الظاهر من حال المسلم أن لا يقصد هتك اسم الله تعالى .

(١) فى الأصل كذا : « خير منها إلا اب » .

(٢) فى الأصل : « محمول » .

(٣) التحريم : ٨ .

(٤) فى الأصل : « حكم » .

(٥) بلوغ المرام ، رقم ١١٧٠ ص ٢١٣ ، وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٧٧ ص ١٤٣١ ،

قوله : لم قلت بأن ذنب الحال لم يوجد مستندا - قلنا : لأن هذا الذنب غير موجود في الحال ، وطريق الاستناد خلاف الأصل .

وأما تعجيل الزكاة : [فـ] إنما جاز لوجود محل الواجب ، وسبب الوجوب ملك النصاب ، ولا نسلم بأن اليمين سبب بل هو ذكر الله تعالى ، أو سبب عند الحث لا قبله .

وأما الحديث فمعارض بما روى من الحديث الثاني .

على أن ما ذكرناه مؤيد بالقياس على سائر الجنائيات من الحدود والقصاص والظهار والإفطار (١)

٧٥ - مسألة : إذا أعتق رقبة كافرة عن كفارة اليمين أو الظهار يجرئه .

والوجه - أن المأمور به / تحرير رقبة مطلقا ، وقد أتى به فيخرج عن العهدة (٢) .

٢/٦٨

وإنما قلنا ذلك - لقوله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ - إلى قوله - أو تحرير رقبة ﴿ (٣) ﴾ وإنه مطلق ، لأن الرقبة المطلقة اسم لذات مملوك مرقوق من كل وجه ، والرقبة الكافرة ذات مرقوق مملوك من كل وجه ، لأن كمال الذات بكمال الأجزاء ، والكفر لا ينافيه ، ثبت أن المأمور به تحرير رقبة مطلقا ، وقد أتى به ، لأنه أتى بصيغة (٤) التحرير ، قاصدا به إثبات الحرية بجهة التكفير ، فعخرج عن العهدة .

(١) فوق الرأ آخر كلمة « الإفطار » دائرة صغيرة ومقابلها في الهامش كلمة غير واضحة تشبه « قبل » أو « قوله » .

(٢) في الأصل : « العهد » انظر ما يلي بعد قليل .

(٣) المائة : ٨٩ - ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم ... ﴾ - والبقرة : ٢٢٥ : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والله غفور حلیم ﴾ .

(٤) في الأصل كذا : « بصغيه » .

من وجه لا يقع كفارة ، لأن تكفير السيئات بالحسنات - قال الله تعالى : ﴿ إن الحسنات يذهبن السيئات ﴾ (١) .

الجواب :

قوله : لم قلم بأن المأمور به تحرير رقة مطلق - قلنا : لأن المعنى من المطلق ما / يكون متعرضا للذات دون الصفات ، وإنه كذلك وهنا .

١/٦٤

قوله : تقيد بوصف السلامة عن العنى والشلل - قلنا : لا نسلم بأنه مطلق . وبيان أنه ليس مطلقاً (٢) ما ذكرنا أن المطلق بكمال الذات (٣) ولم يوجد .

قوله : المطلق يحمل على التقيد - قلنا : لا نسلم ، بل يعمل بكل واحد منهما على حدة ، لاستقلاله بنفسه .

قوله : بأن الرق من وجه قائم لقيام الكفر - قلنا : ليس مطلق الكفر سببا للرق ، بل الكفر الموجه للشر نحونا ولم يوجد .

قوله : هذه رقة قائمة من كل وجه أم من وجه ؟ قلنا : من كل وجه لكمال الذات والصورة على ما مر .

قوله : الكافر هالك من وجه - قلنا : لا نسلم .

وأما النص - قلنا : المراد ثمة الهلاك في حق أحكام الآخرة ، فلا يخل بكمال الذات في حق أحكام الدنيا .

قوله : إنه غير منتفع به - قلنا : لا نسلم بل ينتفع به ، لأن المنفعة المطلوبة من الآدمي كونه ممكنا من التوحيد والجري على موجب التكاليف والاستعداد لأمر الدنيا ، وإنه موجود فيه .

(١) هود : ١١٤ .

(٢) في الأصل : « مطلق » .

(٣) قد تكون « للذات » - انظر ما يلي .

قوله : ينفر^(١) طبعه عنه - قلنا : لا ينفر^(٢) الطبع عنه بجهة الاستخدام ، لأن فيه إذلاله وإهاتته .

قوله : هذا تحرير هو حسنة من وجه سيئة من وجه - قلنا : النص لا يتعرض لذلك ، على أن هذا حسنة من كل وجه ، لأنه تخلص العبد عن الرق وتمكينه من إقامة الفرائض والطاعات .

قوله : بأنه إعانة على الكفر - قلنا : الكفر والمعصية لا يحصل بالتمكين ، بل هو فعل اختياري لا يتعلق بالرق هـ والعنق .
والله أعلم .

٧٦ - مسألة : إذا أعتق المكاتب^(٣) عن كفارة يمينه يجزئه .

والوجه فيه - أنه أعتق رقبة مطلقا بنية التكفير ، فيخرج عن العهدة ، قياسا على ما إذا أعتق القين^(٤) .

وإنما قلنا ذلك - لأنه أتى بصيغة الإعتاق ، قاصدا به الإعتاق ، بجهة التكفير .

وإنما قلنا إنه رقبة مطلقا - وذلك لأن الكتابة لا تخلو : إما أن تكون مانعة وقوع /
التصرف تحريرا أو لم تكن مانعة . فإن لم تكن مانعة ، أمكن القول بوقوعه تحريرا مطلقا .
وإن كانت مانعة ، أمكن القول بوقوعه تحريرا أيضا بواسطة فسخ الكتابة ، لأنها قابلة
للفسخ ، بدليل أنهما لو تفاسخا أو عجز المكاتب^(٥) نفسه ، تفسخ الكتابة .

(١ - ٢) في الأصل كذا : « سمر - لا سمر » .

(٣) المكاتب العبد يُكاتب على نفسه بثمنه فإذا سعى وأداه عَتَق - مختار الصحاح - وانظر :
السررندى التحفة ، ٢ : ٤١٦ وما بعدها .

(٤) القين : العبد الذي كان أبوه مملوكا لمواليه . ويقال : قن بين القنانة والقنونة خالص
العبودية - المعجم الوسيط .

(٥) في الأصل كذا : « المكاتبه » .
(طريقة الخلاف في الفقه - م ١٣)

والإقدام على التحرير ، دلالة قصد الفسخ ، فيثبت الفسخ هـ مقتضى لتصحيح تصرفه ، فيصادف التحرير الرقبة القرن^(١) ، فيقع تكفيرا .

فإن قيل : قولكم بأنه أعتق رقبة - قلنا : لا نسلم .

قوله : أتى بصيغة الإعتاق - قلنا : لا نسلم بأنها صيغة الإعتاق فحسب ، بل هي صيغة الإخبار عن العتق أو الإبراء عن بدل الكتابة .

ولئن سلمنا أنه قصد التحرير ، ولكن لم قلتم بأنه أمكن جعله تحريرا ؟ .

قوله : (٢) الكتابة قابلة للفسخ - قلنا : مطلقا أم بطريق الضرورة ؟ ع م - وهذا لأنها تقبل الفسخ ضرورة العجز عن أداء بدل الكتابة . أما من غير ضرورة فلا ، ولا ضرورة ههنا .

ولئن سلمنا أنها قابلة للفسخ ، ولكن لحاجة المكاتب أم لحاجة المولى ؟ م ع وهذا لأن المعتبر في الكتابة حاجة المكاتب ، وحاجة التكفير حاجة المولى . ولئن سلمنا أنها قابلة للفسخ وأنه قصد الفسخ ولكن لم قلتم بأنه أمكن فسخ الكتابة بطريق الاقتضاء ، وبطلانه ظاهر ، لأن أصل تصرفه صحيح ، فلا يعتبر الاقتضاء لوصف التصرف .

والدليل على أن الكتابة لم تنفسخ - أن العتق يثبت بجهة الكتابة ، لأنه يسلم الأولاد والأكساب للمكاتب ، ولأنه غير منتفع به فلا يجوز إعاقته بجهة التكفير ، وصار كما إذا أدى بعض بدل الكتابة أو ولد المكاتب .

الجواب :

قوله : هذه صيغة الإخبار - قلنا : لا نسلم ، بل هي صيغة الإنشاء ، على ما عرف^(٣) .

(١) في الأصل كذا : « الف » راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ١٩٣ .

(٢) من هنا : « قوله : الكتابة قابلة للفسخ » حتى قوله الآتي : « صيغة الإنشاء على ما عرف » وردت في الهامش مع إشارة النقص .

(٣) راجع فيما تقدم الهامش السابق .

قوله : الكتابة قابلة للفسخ^(١) مطلقا أم بطريق الضرورة - قلنا : مطلقا لما ذكرنا .
 قوله : المعتبر حاجة المكاتب لا حاجة المولى - قلنا : المعتبر حاجتهما ، وقد
 وجدت ، لأن غرض العبد إذا حصل من غير بدل لا شك أن يكون راضيا به .
 أما قوله : أصل التصرف صحيح ، فلا يعتبر الإقتضاء لوصف التصرف - قلنا : لا
 نسلم ، بل يعتبر لهما جميعا ، لأن الضرورة الداعية توجد فيهما .
 وأما سلامة الأولاد والأكساب - قلنا : انفساخ الكتابة في المكاتب ثبت ضرورة
 صحة التكفير ، فلا يظهر في حق الأولاد والأكساب .

قوله : إنه غير منتفع به - قلنا : عنه جوابان - أحدهما : أن النص مطلق لم يعتبر
 الانتفاع . والثاني : لا نسلم أنه غير منتفع به ، بل هو منتفع به بذاته ، فيالتوسل إلى
 بدله .

وأما إذا أدى بعض بدل الكتابة - [ف] يجوز على إحدئ الروايتين ، فيمنع .

٧٧ - مسألة : إذا اشترى أباه عن كفارة إفطاره يجزئه .

والوجه فيه - أنه وجد منه الإعتاق بجهة التكفير ، لأن مشتري الأب معتقه ، لقوله
 عليه السلام : « لن يجزى ولد والده إلا أن / يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه^(٢) » - فهذا
 يقتضى تصور كونه معتقا ، وبالشراء يصير معتقا ، لأنه لا يتصور الإعتاق بعد الشراء .
 فإن قيل : قولكم بأن مشتري الأب معتقه - قلنا : من كل وجه أم من وجه دون
 وجه ؟ ع م - وهذا لأن الأب ليس بمملوك للابن على الإطلاق ، فلا يكون هذا إعتاقا
 من كل وجه ، فلا يجزئه - نظيره مسح الأذنين لا ينوب عن مسح الرأس ، وإن كان

(١) قوله : « الكتابة قابلة للفسخ » وردت في الهامش وفي المتن أيضا .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ١٢٢٢ ص ٢٢١ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٣٨ ص ١٥٠١ .
 وفيهما : « لا يجزى ... » .

مسحاً من وجهه بالحديث^(١) ، والتوجه إلى الحطيم في الصلاة لا يجوز ، وإن كان توجهاً إلى الكعبة من وجهه بالحديث^(٢) .

ولئن سلمنا أنه إعتاق من كل وجه ، ولكنه إعتاق بعوض ، فلا يجوز عن الكفارة ، كالإعتاق على مال .

ولئن سلمنا أنه إعتاق بغير عوض ، ولكنه إعتاق مستحق بجهة الصلة ، فلا يجزئه ، كما إذا قال لعبد للغير : « إن اشتريتك فأنت حر » فاشتراه ، ناوياً عن الكفارة .
الجواب :

قوله : إعتاق من كل وجه أم من وجه ؟ . قلنا : من كل وجه ، لأن النبي ﷺ سماه « معتقاً » مطلقاً ، بخلاف مسح الأذنين والتوجه إلى الحطيم^(٣) لأ [ن] محل الفعل المأمور به ثم لم يوجد قطعاً ، حتى لو كان المحل موجوداً قطعاً وشك في الإصابة ، يخرج عن العهدة - كذا هذا .

قوله : هذا إعتاق بعوض - قلنا : نعم ، ولكن العوض هو الثواب والصلة ، وذلك لا يخل بالقرية^(٤) ، بخلاف العوض على مال فإنه يخل بالثواب والقرية .

(١) في بلوغ المرام ، رقم ٣٣ ص ٧ : « وعن عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما في صفة الوضوء قال : ثم مسح ﷺ برأسه وأدخل إصبعيه السَّبَّاحَتَيْنِ (الإصبع التي تلى الإبهام) في أذنيه ومسح بإبهاميه ظاهر أذنيه » أخرجه أبو داود والنسائي وصحَّحه ابن خزيمة .

(٢) القبلة حيا ل ميزاب الكعبة أو باب الكعبة (انظر : تفسير الطبري ، طبعة المعارف ، ١٧٢ وما بعدها . والشوكاني ، فتح القدير ، ١ : ١٥٥) .

والحطيم جدار حجر الكعبة - مختار الصحاح . وفي المعجم الوسيط : الحطيم بناء قبالة الميزاب من خارج الكعبة .

(٣) في المتن : « والتوجه إلى الكعبة » وفي الهامش مع علامة على كلمة الكعبة : « الحطيم » - راجع الهامش السابق .

(٤) القرية القرابة يقال : بينى وبينه قرية . وما يتقرب به إلى الله تعالى من أعمال البر والطاعة والجمع قُرْب وقُرْبَات وفي القرآن الكريم : ﴿ ومن الأعراب من يؤمن بالله واليوم الآخر ويتخذ ما ينفق قُرْبَات عند الله وصلوات الرسول ألا إنها قُرْبَةٌ لهم ﴾ التوبة : ٩٩ .

قوله : إعتاق مستحق - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه لم يجب عليه شراؤه وإعتاقه بالإجماع ، والنص مطلق فيتاوله .

٧٨ - مسألة : إذا قال الرجل لغيره : « أعتق عبدك عنى ألف درهم » فقال : « أعتقت » يقع العتق عن الأمر ، حتى يكون الولاء له وتسقط^(١) عنه الكفارة إذا نوى به التكفير ، وتلزمه الألف . / وعنده تقع عن المأمور ، حتى يكون الولاء له ولا تسقط الكفارة عن الأمر ولا تلزمه الألف .

والوجه فيه - أن المأمور قصد إثبات الملك له بالألف ، وأمكن ذلك فيثبت دفعا للحاجة لهما .

وإنما قلنا ذلك - لأن قوله : « أعتقته عنك » يدل على القصد إلى الإعتاق عنه بوصفه ، ولا يمكن ذلك إلا بثبوت الملك له . فكان دليلا على القصد إلى إثبات الملك بهذه الوساطة ضرورة ، إذ القصد لشيء قصد لما لا يتصور حصوله بدونه ، وقد أمكن إثبات الملك للأمر في هذا المحل في الجملة ، فيثبت ههنا قبل العتق ، صيانة لتصرفهما عن اللغو .

فإن قيل : قولكم بأن المأمور قصد إثبات الملك له بالألف - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن قوله : « أعتقته عنك بالألف » في جواب قوله « أعتقه عنى بالألف » يكون إعتاق مقابلا بألف ، لا الملك . وإثبات الملك غير مقابل بالألف يكون إعراضا عن تصرفه .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أن الملك يثبت له ، ولكن ههنا دليل آخر يأتي ذلك .

بيانه - وهو أن الملك لو ثبت ههنا ، ثبت بطريق الاقتضاء ، ولا يثبت الملك بطريق الاقتضاء ، لأن الملك شرط أصل ، والشروط الأصلية لا تثبت بطريق الاقتضاء ، كالأهلية .

(١) في الأصل كذا : « وتسقط » - انظر ما يلي .

والدليل على صحة ما ذكرناه أنه لو قال له « بع هذا العبد منى بألف درهم وأعتقه عني » فقال المأمور « بعت وأعتقت » لا يقع العتق عن الأمر . ولو قال « أعتقه على ألف »^(١) فقال « أعتقت » يقع عن المأمور ، وإن أمكن إدراج قوله « عني » . ولو قال : « كاتب عبدك عني على ألف » فقال : « كاتببت » لا يقع عن الأمر .
الجواب :

قوله : الإعتاق مقابل بالألف لا الملك - قلنا : الألف المذكور مقابل بالملك ، لا بالعتق ، لأنه طالب للملك بطريق الضرورة ، فيثبت الملك ضرورة ثبوت العتق .
قوله : الملك شرط أصلي / للإعتاق ، فلا يثبت بطريق الاقتضاء - قلنا : كون المحل ملكا شرط أصلي ، وقد وجد . أما كونه ملكا له ، [ف] ليس بشرط أصلي ، على ما عرف .

١/٧١

وأما إذا قال : « بع هذا العبد منى وأعتقه عني » إنما لا يقع العتق عن الأمر لأنه لم يوجد منه قبول الملك ، حتى لو قال : « اشتريت » يقع عنه .
وفي المتنازع فيه - يحمل طلبه وتصحيحه على هذا الوجه .

وأما الثانية - قلنا : ذاك من باب الإدراج^(٢) ، وتصحيح التصرف بطريق الإدراج ليس بواجب .

وأما الثالثة - قلنا : هناك وجب صرف المال إلى الكتابة ، لأن الكتابة بلا مال لا تتصور^(٣) ، فيبقى ملك الرقبة بلا عوض ، فلا يصح - أما ههنا بخلافه^(٤) .

(١) في الأصل كذا : « أعتقته » .

(٢) دَرَج الشيء في الشيء أدخله في ثناياه وأدرج الشيء دَرَجَه - المعجم الوسيط .

(٣) في الأصل : « لا يتصور » .

(٤) فوق آخرها نقطة كبيرة . وفي الهامش مقابلها كلمتان أولاهما غير مقروءة والثانية تشبه

« مقابلة » - راجع فيما تقدم الهامش (١) ص ١٩٠ .

[٨]

كتاب الحدود

١/٧١

٧٩ — [مسألة] : الإسلام من شرائط الإحصان .

وصورته - ذمى ثبت زنا [٥] مجلد ولا يوجم . وعنده يوجم .

والوجه فيه - أن جنابة الكافر في الزنا لا تساوى جنابة المسلم في كونه قبيحا ، فلا يساويها في العقوبة .

وإنما قلنا ذلك - لأن زنا الكافر وإن ساوى زنا المسلم في سائر المقايح ، ولكن لا يساويه من حيث كفران النعمة ، فإن زنا المسلم فيه كفران النعمة : نعمة الإسلام ، فلا يساويه في العقوبة ، لأن العقوبة بقدر الجنابة عرفا وشرعا .

فإن قيل : قولكم بأن زنا المسلم كفران نعمة الإسلام - قلنا : لا نسلم بل الكفران ترك الشكر ، والزنا جنابة أخرى ، مع الإتيان بالشكر .

ولئن سلمنا أن الزنا كفران ، ولكن أثره في تعدد الجنابة ، فيكون نفس الزنا جنابة وله موجب ، والكفران جنابة أخرى ، فانهدام إحدى الجنابتين لا يمنع عقوبة الأخرى .

ولئن سلمنا أنه لا يساويه ، ولكن لم لا يجب الرجم ؟

قوله : تفاوت الجنابة يوجب تفاوت العقوبة - قلنا : نعم ، ولكن هذا التفاوت لا يعتبر في إيجاب الرجم .

بيانه - هو [أن] الموجب للرجم كون الزنا قبيحا من حيث إنه / إفساد للفراش ٢/٧١ وإضاعة للنسل ، والكفران لا يؤثر في هذا الباب - دل عليه أن زنا البكر الكافر يساوى زنا البكر المسلم في إيجاب الجلد .

ولكن سلمنا أنه لم يوجد منه قبح الكفران ، ولكن وجد قبح الكفر^(١) ، فتعارضنا .
ثم هذا معارض بما روى عبد الله بن عمر أنه قال : إن اليهود جاعوا إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن امرأة منهم ورجلا زنيا ، فقال لهم رسول الله ﷺ : ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ؟ فقالوا : « نفضحهم ويجلدون »^(٢) فقال عبد الله بن سلام : كذبت إن فيها آية الرجم ، فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم ، فقرأ ما قبلها وما بعدها - فقال له عبد الله بن سلام : ارفع يدك ، فرفع يده ، فإذا فيها آية الرجم - فقال : صدق يا محمد - فأمر بهما النبي ﷺ فرجما - قال : فرأيت الرجل يخني^(٣) على المرأة يقبها الحجارة « متفق على صحته . وروى عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : خذوا عنى ، خذوا عنى ، خذوا عنى : قد جعل الله لمن سبيلا : البكر بالبكر : جلد مائة ونفى سنة . والثيب بالثيب جلد مائة والرجم مطلقا^(٤) - رواه مسلم وأبو داود .

الجواب :

قوله : لم قلت بأن الزنا كفران النعمة - قلنا : لأن المعنى من الكفران الجنائية^(٥) في حق المنعم . وهكذا هو في العرف .
قوله : الزنا جنائية والكفران جنائية أخرى - قلنا : نعم ، ولكن هذا الزنا موصوف بغلظ الجنائية - على ما بينا .

(١) ظاهر أن العبارة كانت : « الكفر منه » ثم شطبت « منه » .

(٢) في الأصل « وتجلدون » .

(٣) حنا عليه حنوا : عطف وأحنى عليه حنا ونحنى ونحنى على فلان تعطف ونحنن - المعجم الوسيط .

(٤) بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٢ ص ١٨٨ وليس فيه : « خذوا عنى » الثالثة ولا « مطلقا » . وسبل السلام : ٤ : رقم ١١٢٩ ص ١٢٦٩ - ١٢٧٢ .

(٥) في الأصل كذا : « الحامنة » فقد تقرأ « الخيانة » أو « الجنائية » والذي يرجع الأولى نقطة فوق النون ويرجع الثانية السياق .

وأما زنا البكر - قلنا : الشرع هناك حط عن المسلم بعض العقوبة تفضلا ، وذلك يجوز . أما زيادة العقوبة من غير استحقاقها ، [ف] لا يجوز عقلا وشرعا .

وأما قبح الكفر - قلنا : ليس كل قبح يؤثر في إيجاب الرجم ، بخلاف ما ذكرناه .

وأما الحديث الأول / - [ف] معارض بقوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما (١) ﴾ الآية .

وأما الحديث الثاني - [ف] منسوخ بما روى الزهري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله أن رجلا من أسلم جاء إلى النبي ﷺ فاعترف بالزنى فأعرض عنه النبي ﷺ حتى شهد على نفسه أربع مرات فقال النبي ﷺ : أبك جنون ؟ قال : لا . قال : أحصنت ؟ قال : نعم . فأمر به النبي ﷺ فرجم بالمصلى فلما أذلقته (٢) الحجارة فر فأدرك فرجم حتى مات (٣) »

٨٠ مسألة : اللواط لا توجب الحد .

والوجه فيه - أن اللواط لا تساوى الزنا في كونه جنائية وقبيحا ، فلا تساويه في العقوبة .

وإنما قلنا ذلك - لأن الزنا إضاعة للولد وإفساد للفراش ، فيشتبه النسب ، فيؤدى إلى التنازع والتقاتل بين القبائل ، بناء على دعوى النسب ، ولا كذلك اللواط ، فلا تساويه في العقوبة ، لأن العقوبة بقدر الجنائية - على ما مر .

فإن قيل : قولكم بأن اللواط لا تساوى الزنا - قلنا : لا نسلم ، بل هى زنا ،

(١) النور : ٢ - ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ﴾ .

(٢ - ٣) انظر : بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٣ ص ١٨٨ - ١٨٩ ، وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٣ ص ١٢٧٢ - ١٢٧٤ . وأذلقته الحجارة بلغت منه الجهد حتى تصور . أذلقته - المعجم الوسيط - وانظر فيما بعد المسألة ٨٦ ص ٢١٤ وما بعدها .

لاشتراكه مع الزنا في الآثار ، إلا أنه اختص باسم النوع ، واختصاصه باسم النوع لا يمنع دخوله تحت مطلق الاسم للجنس ، كالطَّر (١) مع السرقة .

ولئن سلمنا بأن اللواط لا يست بزنا ، ولكن لم قلتم بأنه لا تساوى الزنا في كونه قبيحا ؟ .

وأما ما ذكر عن الإفساد في الفراش وإضاعة النسل - قلنا : لا نسلم بأن الزنا إنما كان قبيحا باعتبار هذا المعنى .

بيانه - أن هذا أمر موهوم قد يفضى إليه وقد لا يفضى ، فلا يجوز إيجاب الحد بناء على أمر موهوم .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد هذا القبح في اللواط ، [ف] لم قلتم بأنه لم يوجد نوع آخر من القبح ؟ بيانه ، وهو أنه في اللواط إضاعة الماء الذي هو مادة التوالد ، ولأن حرمة أغلظ من حرمة الزنا ، فإنها غير قابلة للحل .

الجواب :

٢/٧٢ قوله : لم قلتم بأن اللواط / ليست بزنا - قلنا : لأن الصحابة اختلفوا في موجبها : قال بعضهم : يحرق بالنار . وقال بعضهم : يهدم عليه الجدار . وقال بعضهم : يقتل . وقال بعضهم : يلقي من أعلى الأماكن . وقال بعضهم : يحبس في موضع التنن (٢) إلى أن يموت - كل ذلك يفعل بالفاعل والمفعول به إن كان بالغاً ، وما اختلفوا في موجب الزنا ، فعلم أنه ليس بزنا .

قوله : بأن إفساد الفراش وإضاعة الولد أمر موهوم - قلنا : لا نسلم ، بل هو غالب .

(١) طَرَّ الثوب وغيره شقه وطَرَّ المال خلسه أو سلبه . والطَّرَّار النشال يشق ثوب الرجل ويسئل ما فيه - المعجم الوسيط .

(٢) نَتْنٌ نَتْنًا خَبِثَتْ رائحته فهو نَتْنٌ - المعجم الوسيط .

ولئن سلمنا أنه موهوم ، ولكنه تعرض لمثل هذا الموهوم ، فيكون أقبح من اللواط من هذا الوجه .

قوله : اللواط إضاعة الماء - قلنا : ذاك موجود في الزنا ، لما ذكرنا ، مع قبح آخر لم يوجد في اللواط .

قوله : حرمة اللواط أغلظ - قلنا : بلى ، ولكن ليس كل قبيح يوجب الحد بالرأى والقياس .

٨١ - مسألة : الجلد مع النفي لا يجتمعان في زنا الأبكار .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ (١) - ذكر الجلد بحرف الفاء ، وحرف الفاء للجزاء ، والجزاء لغة ما يقع به الاكتفاء ، فكان كل الموجب الجلد ، فلا يجب النفي ، عملاً بمقتضى النص .

فإن قيل : قولكم بأن حرف الفاء للجزاء - قلنا : لا نسلم ، بل حرف الفاء للتعقيب مع الوصل .

ولئن سلمنا أنه للجزاء ، ولكن لم يقتضى كونه كل الموجب ؟ . بيانه - أن التنصيص على حرف الجزاء لا يكون فوق التنصيص على لفظ الجزاء وإنه لا يقتضى الكلية (٢) كما في قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ﴾ (٣) فإنه لا ينفي جزاء آخر وهو القصاص أو الدية .

ولئن سلمنا أن كونه جزاء ينفي وجود شيء آخر ، ولكن بطريق الجزاء ، لا بطريق آخر . وعندنا يجب التفريب لا بطريق الجزاء .

(١) النور : ٢ . وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٢٠١ .

(٢) « كُلٌّ » كلمة تفيد الاستفراق لأفراد ما تضاف إليه أو أجزائه - المعجم الوسيط .

(٣) النساء : ٩٣ - ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً ﴾ .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام: « الوليدة والغنم ردّ وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام . اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » (١) / وبقوله عليه السلام: « البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة » وفي رواية « وتغريب عام » (٢) .

١/٧٢

الجواب :

قوله بأن حرف الفاء ليس للجزاء بل هو للتعقيب مع الوصل - قلنا : نحن لا نقول بأن حرف الفاء بمجرد موضوع للجزاء في أى موضع وجد - ولكننا نقول : إذا ذكر في موضع يصلح جزاء يفيد كونه جزاء - دل عليه أنه لو قال لامرأته « إن دخلت الدار أنت طالق » لا يكون جزاء فلا يكون يمينا . ولو قال : « فأنت طالق » يكون جزاء حتى يكون يمينا .

قوله : التنصيص على لفظ الجزاء لا ينفى وجوب شيء آخر - قلنا : لا نسلم .
وأما الآية - قلنا : علم وجوب القصاص ثم بنص آخر .

(١) بلوغ المرام ، رقم ١١٢٨ ، ص ١٢٦٧ - ١٢٦٨ . وسبل السلام ، ٤٠ : رقم ١١٢٨ ، ص ١٢٦٧ - ١٢٦٩ : « عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله تعالى عنهما أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ، أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله تعالى . فقال الآخر - وهو أقره منه - نعم ، فاقض بيننا بكتاب الله ، وأذن لي ، فقال : « قل » قال : إن ابني كان عسيفا على هذا ، فزني بامرأته ، وإني أخبرت أن على ابني الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم ، فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله ﷺ : « والذي نفسى بيده ، لأقضين بينكما بكتاب الله : الوليدة والغنم ردّ عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » متفق عليه . وهذا اللفظ لمسلم - انظر فيما بعد ص ٢١٦ .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٢ ، ص ١٨٨ ، وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٢٩ ص ١٢٦٩ - ١٢٧٢ . عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : « خذوا عني ، خذوا عني ، فقد جعل الله من سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » رواه مسلم . وفي سبل السلام ، ٤ : ص ١٢٧٠ : « وقال ابن المنذر : أقسم النبي ﷺ في قصة العسيف أنه يقضى بكتاب الله ثم قال : « إن عليه جلد مائة وتغريب عام » - راجع الحديث المتقدم في الهامش السابق .

وأما قوله : عندنا يجب التغريب لا بطريق الجزاء - قلنا : إذا بينا أن الجلد جزاء ، أوجب ذلك انتفاء وجوب غيره بأى طريق كان ، لأن الجزاء هو الكافى .

وأما الحديث - قلنا : الحديث لم يكن معارضا لكتاب الله تعالى ، وإنما يكون ناسخا إذا كان متأخرا ، وإنه غير ثابت ، فإن المنقول عن أئمة التفسير أن أول آية نزلت فى هذا الباب قوله تعالى : ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن - الآية ﴾ ^(١) ثم نسخت بهذا الحديث ، ثم نسخ الحديث بآية الجلد ^(٢) أو بحديث الأسلمى ^(٣) .

٨٢ - مسألة : إذا تزوج بمحارمه ودخل بها ، وقال : علمت أنها على حرام - لا يجب عليه الحد .

والوجه فيه - أن هذا وطء تمكنت فيه شبهة الحل ، فلا يجب الحد .

وإنما قلنا ذلك - لأنه وطء حصل عقيب عقد النكاح المضاف إلى محل قابل للمقاصد المطلوبة من النكاح : من قضاء الشهوة والتوالد وغيرها ، لأن المعنى من عقد النكاح قوله : « زوجت » و « تزوجت » - فهى تقتضى الحل - إلا أننا عرفنا الحرمة بدليل آخر ، فبقى الشبهة ، فلا يجب الحد ، لقوله عليه السلام : « ادفعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم » ^(٤) .

(١) النساء : ١٥ ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ﴾ .

(٢) النور : ٢ - راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٢٠١ .

(٣) المقصود ما عز بن مالك - بلوغ المرام رقم ١٠٣٩ ص ١٩٠ : وسبل السلام ، رقم ١١٣٦ ص ١٢٨٢ : « عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : رجم رسول الله ﷺ رجلا من أسلم ورجلا من اليهود وامرأة » رواه مسلم . والرجل من أسلم يريد ما عز بن مالك - راجع أيضا : بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٤ ص ١٨٩ ، وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٣١ ص ١٢٧٤ - ١٢٧٥ وفيما يلى ص ٢١٤ - ٢١٥ . وراجع ، الناسخ والنسوخ لأبى جعفر النحاس ، ص ١١٧ - ١٢١ .

(٤) بلوغ المرام ، رقم ١٠٤٤ ص ١٩١ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٤١ ص ١٢٨٧ - ١٢٨٨ .

فإن قيل : قوله الوطاء حصل عقيب النكاح المضاف إلى محل / قابل - قلنا : المحل قابل لمقاصد النكاح حقيقة فحسب أم قابل لها وللحل والملك ؟ بيانه - أن العقد إنما ينعقد لإفادة الحكم الأصلي ، والحكم الأصلي ههنا هو الحل والملك ، وإنه غير قابل لهما لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ﴾ ^(١) والمراد منه التحريم في حق النكاح ، وإذا انتفى محمية النكاح شرعا ، لا يكون قابلا .

ولئن سلمنا المحلية ، ينعقد إذا كان له إفضاء إلى هذه المقاصد ، أم إذا لم يكن ؟
م ع - وهذا العقد لا يفضى إلى هذه المقاصد ، لأنهما لا يقران عليه ، بل يمتنعان بأبلغ الوجوه .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على وجود الشبهة ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك -
بيانه : من حيث النص والحكم والمعقول .

أما النص - [ف] قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ ^(٢) والتحريم المطلق لا يحمل الشبهة .

وأما الحكم - [ف] أجمعنا على أن هذا الوطاء لا يوجب العدة ، ولا يثبت به النسب .

وأما المعقول - وهو أن وطء الأم إذلال لها ، وذاك حرام من غير شبهة وشك .

ولئن سلمنا وجود الشبهة ، ولكن لم لا يجب الحد ؟ .

أما الحديث - قلنا : ذكر أبو عيسى الترمذى أن هذا الحديث يرويه يزيد بن زياد الدمشقى ، وهو ضعيف ، فلا يصح الاحتجاج به ^(٣) .

(١ - ٢) النساء : ٢٣ .

(٣) ورد في بلوغ المرام ، رقم ١٠٤٤ ص ١٩١ . وفي سبل السلام ، رقم ١١٤١ ص ١٢٨٧ - ١٢٨٨ : أنه ضعيف - يزيد بن زهاد ويقال ابن أبى زهاد القرشى الدمشقى ويقال إنهما اثنان . روى عن الزهرى وسليمان بن حبيب وسليمان بن داود الخولانى . وعنه مروان بن معاوية ومحمد بن ربيعة الكلأى وأبو نعيم ويحيى الوحاظى - قال محمد بن عبد الله بن نمير ليس بشيء . وقال أبو حاتم منكر الحديث . وقال مرة ذاهب الحديث . وقال مرة ضعيف الحديث ، كأن حديثه موضوع . =

الجواب :

قوله : كون الصيغة نكاحا يقف على كون المحل قابلا لمقاصد النكاح حقيقة وقابلا للملك والحل - قلنا : نحن لا ندعى انعقاد النكاح حقيقة أصلا بل ندعى الشبهة على التفسير الذى ذكرنا . وكون المحل قابلا حقيقة يكفى لإثبات الشبهة .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه ، لأننا لا ندعى انعقاد العقد والحل ، حتى يشترط الإقضاء إلى المقاصد .

وأما ما ذكر من النصوص والمعقول - فإنها تقتضى الحرمة مطلقا ، ونحن نقول به ، ولكن لا ينفى ذلك الشبهة .

وكذلك ما ذكر من الأحكام - لا ينفى الشبهة ، على التفسير الذى ذكرنا .
والله أعلم .

٨٣ - مسألة : إذا استأجر امرأة ليزنى بها فزنى بها ، / وقال : علمت أنها^(١) ١/٧٤ حرام ، لا يجب الحد .

والوجه فيه - أنه وطء تمكنت فيه شبهة الحل ، فلا يجب الحد .

وإنما قلنا ذلك - لأنه وطء حصل عقيب عقد مقتضى للملك وللحل ، مضافا إلى محل قابل ، لأن عقد الإجارة موضوع لإثبات ملك المنفعة ، ومنافع البضع حقيقة قابلة للملك ، فهذا يقتضى ثبوت الملك ، إلا أننا عرفنا انتفاء^(٢) بدليل آخر ، فتبقى الشبهة ، فلا يجب الحد .

= وقال البخارى منكر الحديث . وقال الترمذى ضعيف الحديث . وقال النسائى متروك الحديث . وقال ابن عساكر : فرق الخطيب بين الذى روى عن الزهرى وعنه وكيع وغيره وبين الذى روى عن سليمان بن حبيب وعنه يحيى بن صالح . وعندى أنهما واحد - قلت : وقال ابن شاهين فى الثقات قال وكيع كان رفيعا من أهل الشام فى الفقه والصلاح (ابن حجر ، تهذيب التهذيب) .

(١) فى الأصل كذا : « أنهما » ولعل « الميم » نقطة زائدة تحت الألف .

(٢) فى الأصل : « انتفاه » .

فإن قيل : (١) قولكم بأن عقد الإجارة موضوع لإثبات ملك المنفعة - قلنا : الإجارة وضعت لتمليك مطلق المنفعة ، أم لتمليك منفعة يعتاد استيفائها ؟ ع م - ألا ترى أنه لو استأجر الأشجار لتجفيف الثياب لا يجوز ، لعدم جريان العادة - كذا هذا .

ولكن سلمنا أن الإجارة وضعت لتمليك المنفعة ولكن لم قلتم بأن المستوفى بالوطة منفعة ، بل هو عين ، ولهذا لا يجرى فيه البذل والإباحة ، ويشترط التأبيد لتمليكه ، بخلاف سائر المنافع .

ولكن سلمنا أن الإجارة وضعت لتمليك المنافع ، ولكن إنما تنعقد سببا للملك ، إذا قصد المتصرف إيقاعه للملك سببا للملك (٢) ولم يقصد ، لأنه قال : « استأجرتك لأزنى بك » وإنه يناقى الملك .

ولكن سلمنا أن الشبهة تمكنت فيه ، لم لا يجب الحد ؟ وبطلانه ظاهر ، لأنه يؤدي إلى فتح باب الزنا وسد باب الحدود ، وصار هذا كما إذا قال : « استأجرتك » ولم يقل « لأزنى بك » يجب الحد . وكذا إذا زنا بها ثم دفع إليها درهما وقال : « هذه أجرتك » . ولو كان مانعا من الابتداء ، لمنع في الانتهاء ، كملك (٣) السارق للمسروق بعد السرقة . ولذلك إذا قال لآخر « زيت بدرهم » يجب حد القذف ، فلولاً أنه زنا ، وإلا لما وجب الحد .

الجواب :

قوله : الإجارة وضعت لتمليك منفعة يعتاد استيفائها - قلنا : لا نسلم ، بل لتمليك منفعة يحتاج إلى استيفائها لمكان المناسبة ، بخلاف ما ذكر من (٤) الصورة ، فإنه لا حاجة .

(١) مقابلها في الهامش كلمة « قول » - راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٩٠ .

(٢) كذا العبارة .

(٣) في الأصل : « للملك » .

(٤) في الأصل كذا : « م » ويبدو لنا من طريقة الناسخ أنها « من » .

ثم قوله : لم قلت بأن المستوفى بالوطء منفعة^(١) - قلنا / لأنها منفعة حقيقة .
قوله : الشرع ألحقها بالأعيان ، لما ذكر من الأحكام - قلنا : أجرى عليها بعض أحكام الأعيان ، فلا يمنع كونه منفعة .

قوله : إنما ينعقد مفضيا للحكم إذا قصد التصرف بإيقاعه سببا ، وإنه سماه زنا - قلنا : نعم ، ولكن غرضه ليس عين الزنا ، بل غرضه قضاء الشهوة ، إلا أنه سمي زنا عرفا .

قوله : بأن هذا يؤدي إلى فتح باب الزنا وسد باب الحد - قلنا : هذا باطل بلفظ الإمهار^(٢) والتمتع ، فإن كل أحد لا يعجز عن قوله : « أمهرتك بعشرة » وإنه لا يوجب الحد . وأما إذا قال : « استأجرتك » ولم يقل « لأزني بك » فهذه الإجارة تنصرف إلى منافع سائر الأعضاء ، لا إلى البضع .

وأما إذا زنى بها ثم دفع إليها درهما - اختلفت المشايخ فيه . ولئن سلمه - فلأن الوطء عرى عن الشبهة حال وجوده - بخلاف السرقة ، لأن المسروق قائم ، والوطء تلاشي وانعدم .

(١) في الأصل كأنها « متعة » .

(٢) أمهر المرأة سمي لها مهرا أو أعطاهما المهر . والمهر صدق المرأة والجمع مهور ومهورة . والمهر أول ما ينتج من الخيل والحرر الأهلية وغيرها . والجمع أمهار ومهار ومهارة . فالمهر جمعه مهور ومهورة والمهر جمعه أمهار ومهار ومهارة - المعجم الوسيط .

قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ١٧٦ - ١٧٧ : « وعند أصحابنا : لا ينعقد إلا بلفظ موضوع للتملك . ثم اختلف المشايخ : قال عامتهم لا ينعقد إلا بلفظ موضوع لتملك الأعيان كالبيع والهبة . ولا ينعقد بلفظ موضوع لتملك المنافع كالإجارة والإعارة . وقال الكرخي ينعقد بلفظ وضع للتملك مطلقا ، سواء كان تملك الأعيان أو تملك المنافع حتى ينعقد بلفظ الإجارة والإعارة عنده ... وأما بلفظة الإحلال والتحليل والإباحة : لا ينعقد ، لأنها لا تقتضى التملك . وكذا بلفظة المتعة بأن قال الزوج : « أمتع بك بكذا » فرضيت أو قالت « نعم » - لا ينعقد ، لأنها لم توضع للتملك ، ولأن المتعة صارت منسوخة وهى عبارة عن النكاح المؤقت » .

(طريقة الخلاف فى الفقه - م ١٤)

وأما مسألة القذف - قلنا : إنما يجب الحد لأنه عنى بكلامه : زنيته وأعطيت درهما . أما إذا عنى به : إنك استأجرت بدرهم - لا يجب الحد .

٨٤ - مسألة : العاقلة البالغة إذا مكنت نفسها من صبي أو مجنون يفعل بها ، لا يجب الحد عليها .

والوجه فيه - أن التمكين من زنا الصبي والمجنون لا يساوي التمكين من زنا البالغ والعاقل ، فلا يساويه في العقوبة .

وإنما قلنا ذلك - لأن تمكين البالغ سبب للحرام ، لأن فعل البالغ حرام وقبيح ، وتمكين الصبي ليس بسبب للحرام ، لأن فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة والتسيب إلى القبيح قبيح .

فإن قيل : قولكم بأن التمكين من الصبي لا يساوي التمكين من البالغ - قلنا : هذا الكلام إنما يستقيم لو وجب^(١) الحد بالتمكين ، والحد لا يجب بالتمكين ، بدليل أنها لو مكنت ولم يوجد منه الزنا لا يجب الحد ، وإنما يجب بالزنا ، وقد وجد منها الزنا ، لأن الزنا منها استدخال الفرج في الفرج من غير الملك وشبهته ، وقد وجد منها ، فيجب عليها الحد . فلو امتنع الوجوب إنما يمتنع لامتناع / الوجوب على الرجل وذلك لا يمنع ، إذ ليس يلزم وجوب الحد على أحدهما وجوب الحد على الآخر ، بدليل أن العاقل البالغ إذا زنى بصبيبة أو مجنونة يجب الحد عليه وإن كان لا يجب عليها ، والمكره إذا زنى بمطاعة يجب الحد عليها وإن كان لا يجب عليه ، والمستأمن إذا زنى بمسلمة يجب الحد عليها ولا يجب عليه ، وغير المحصن إذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وإن كان لا يجب عليه .

١/٧٥

ولئن سلمنا أن الموجب هو التمكين - ولكن لم قلتم إن هذا التمكين ليس مثل ذلك التمكين ؟ .

(١) في الأصل « يستقيم أن لوجب » والمعنى واضح .

قوله : بأن فعل الصبي والمجنون ليس بحرام - قلنا : لا نسلم ، بل هو زنا وحرام ، إلا أنه لا يجب عليهما الحد .

ولئن سلمنا أنه دونه ، ولكن لما كان زناها هذا قضاء الشهوة بطريق الحرام وإفسادا للفراش ، وجب عليها الحد ، كما في محل الإجماع .

الجواب :

قوله بأن الحد يجب عليها بالزنا ، لا بالتمكين - قلنا : الزنا لا يتصور منها حقيقة ، لأنه فعل ، ولا يوجد منها فعل سوى التمكين ، والتمكين عدم الفعل ، إلا أن الله تعالى سماها زانية مجازا .

أما العاقل البالغ إذا زنى بصبيبة أو مجنونة ، فقد وجد منه الفعل ، فيجب الحد بالنص .

وأما الكره مع المطاوعة - فالمسألة ممنوعة .

وأما المستأمن إذا زنى بمسلمة ، يجب الحد عليها ، لأنه تمكين من فعل حرام - أما ههنا بخلافه .

وأما إذا مكنت من النائم فالمسألة ممنوعة .

وأما غير المحصن إذا زنى بالمحصنة - قلنا : وجه التمكين من فعل الزنا الذي هو حرام ، وإنه موجب للرجم إذا وجد شرائط الإحصان - أما ههنا بخلافه .

أما قوله بأن فعل الصبي زنا - قلنا : ليس كذلك ، لأن الزنا حرام وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة ، لعدم التكليف .

قوله : وجد منها إفساد الفراش - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لما ذكرنا / أنه لم يوجد منها فعل .

والله أعلم .

٨٥ - مسألة : المولى لا يملك إقامة الحدود على مملوكه .

والوجه فيه - أن الحد حق لله ، فلا يملك المولى استيفاءه ، قياسا على سائر الأجانب .

وإنما قلنا : إن الحد حق لله - لأنه لا يسقط بإسقاط العبد ، ولو كان الحق للعبد لسقط بإسقاطه ، كسائر الحقوق التى هى له . ولأنه يتنصف بالرق ، وحق العباد لا يتنصف بالرق . وإذا كان حق الله ، كان المولى أجنبيا ، فلا يملك إقامته ، وإنما يملكه نائب الله ، وهو القاضى ، قياسا على ما ذكرنا .

فإن قيل : قولكم بأن الحد حق الله - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأنه لا يسقط بإسقاط العبد [قلنا :] لا لأنه ليس بحق للعبد ، بل لأنه وإن كان حقا للعبد ، فهو حق الله ، وهتك حرمة الشرع أيضا ، كد السرقة : فإنه لا يسقط بإسقاط العبد ، وإن كان حق العبد ، لما فيه من حق الشرع - كذا هذا .

قوله : يتنصف بالرق - قلنا : التنصيف ليس يلزم حق الشرع لا محالة - ألا ترى أن حد السرقة لا يتنصف بالرق ، وإن كان حقا للشرع ، والقسم^(١) والطلاق يتنصف بالرق وإن كان حقا للعبد .

ولئن سلمنا أن الحد حق الله على الخلوص ، ولكن لم قلم بأن المولى لا يملك إقامته ؟ .

قوله بأن المولى أجنبى - قلنا : كونه أجنبيا يمنع الإقامة بطريق الأصالة أم بطريق النيابة ؟ م ع - وعندنا يملك إقامته نيابة عن الشرع كالإمام .

(١) القسم العطاء - يقال : عنده قسم يقسمه (ولا يجمع) - المعجم الوسيط .

ثم هذا معارض بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا - الآية ﴾ ^(١) وهذا خطاب لكل الأمة ، إلا أن الأجانب خصوا ، فتناول الإمام والمولى .

وأما السنة - [ف] ما روى أبو هريرة وزيد بن خالد قالوا : سئل النبي ﷺ عن الأمة إذا زنت ولم تحصن . قال : إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ثم يبعوها ولو بضمير « ^(٢) متفق عليه .

/ وأما المعقول - وهو أنه من قبيل الحسبة والنهي عن المنكر ، فيجب على الناس كافة ، خصوصا على المولى لأنه ماله .

الجواب :

قوله : إنما لا يسقط بإسقاطه ، لأن فيه حق الشرع أيضا - قلنا : لما لم يسقط بإسقاطه علم أنه حق لله ، لأنه لو لم يكن لسقط ^(٣) ، لأن حق العبد ومصلحته مقدم على حق الشرع - على ما عرف . ومع هذا لم يسقط - علم أنه لم يكن حقا له .

قوله هـ : التنصيف ليس من لوازم حق الشرع - قلنا : لا بل هو من لوازمه ، لأن تنصيف العقوبة بناء على حقه [عند] الجناية ، وإنما يعقل ذلك بسبب الرق ، لأن الرق هو المؤثر في نقصان النعمة ، فالإقدام على الجناية يكون أخف . وهذا إنما يتحقق

(١) النور : ٢ - ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ... ﴾ وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٢٠١ و ٢ ص ٢٠٥ .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٦ ، ص ١٨٩ . وسبل السلام ، ٤ ، ص ١٢٧٦ - ١٢٧٩ ، رقم ١١٣٣ : « عن أبي هريرة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا زنت أمة أحدكم فبين زناها فيجلدها الحد ، ولا يُثْرَب عليها ، ثم إن زنت فليجلدها ولا يثرب عليها ، ثم إن زنت الثالثة فبين زناها فليبعنها ولو بجبل من شعر » متفق عليه . وهذا لفظ مسلم والتثريب التوبيخ واللوم على الذنب . والضمير المضفور من شعر أو غيره والضمير كل خصلة تضفر على حدة - المعجم الوسيط .

(٣) في الأصل كذا : « لقط » .

في حق الشرع ، وحق العبد لا يختلف باختلاف الجاني . وأما القطع في باب السرقة إنما لا يتنصف لأنه لا يمكن ، لأنه لا يعرف نصفه . وأما القسم والطلاق إنما يتنصفان لأنهما بنيا على حل المحلية وذلك نعمة في حق الحل من الشرع .

قوله : كونه أجنبيا ينفي الإقامة نيابة أم أصالة ؟ . قلنا : هذه معارضة .

قوله : هو نائب عن الشرع - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه لو كان نائبا عن الشرع لوجب عليه الإقامة ، كالإمام ، ولم يجب بالإجماع - دل أنه غير نائب .
وأما الآية - قلنا : لا تتناول صورة النزاع ، لأنه حق كامل . على أن الخطاب للأئمة ، نقلا عن أئمة التفسير .

وأما الحديث - [ف] [يحتمل أنه أراد به التعزير ، وللمولى ذلك لقوله عليه السلام : « لا ترفع عصاك عن أهلك » .

قوله : إنه من باب النهي عن المنكر - قلنا : النهي عن المنكر ليس يلزم بطريق إقامة الحد ، بل بالزجر والمنع .

والله أعلم .

٨٦ - مسألة : الزنا الموجب للحد لا يظهر إلا بالإقرار أربع مرات في أربعة مجالس . وعنده بالإقرار مرة واحدة .

والوجه فيه - ما ورى أبو هريرة قال : « أتى رجل من المسلمين رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناداه / فقال : يا رسول الله : إني زيت فأعرض عنه ، فتنحى تلقاء وجهه ، فقال له : يا رسول الله - إني زيت ، فأعرض عنه ، حتى ثنى (١) ذلك عليه أربع مرات - فلما شهد على نفسه أربع شهادات - دعاه رسول الله ﷺ فقال : أبك جنون ؟ قال لا - قال : فهل أحصنت ؟ قال : نعم - فقال رسول الله ﷺ : اذهبوا به فارجموه - قال ابن شهاب فأخبرنا من سمع جابر بن عبد الله يقول : كنت ممن رجمه

٢/٧٦

(١) ثنى الشيء عطفه وبابه رمى وثناه صار له ثانيا وثناه ثنية جعله اثنين - مختار الصحاح .

فرجناه بالمصلى فلما أذلقته (١) الحجارة هرب ، فأدركناه بالحرة (٢) ، فرجناه « الرجل هو ماعز بن مالك وروى قصته جابر بن سمرة وعبد الله بن عباس وأبو سعيد الخدري ويزيد بن الحبيب الأسلمي (٣) - متفق على صحته (٤) .

والاستدلال بالحديث أن النبي ﷺ أخر (٥) به إقامة الحد إلى تمام الأقاير الأربعة . ولو ظهر الزنا الموجب للحد بالإقرار مرة واحدة ، لوجب على النبي ﷺ إقامة الحد ، لأن الأمر بإقامة الحد عند ظهور الزنا واجب ، ولو وجب لما أخر ، لأن تأخير الواجب لا يظن بالنبي ﷺ ، وحيث أخر علم أن الزنا لا يظهر إلا بالأقاير الأربعة .

فإن قيل : قولكم بأن النبي ﷺ أخر الإقامة - قلنا : هذا إنما يستقيم أن لو كان شرعية الرجم ثابتة في تلك الحالة ، وشرعية الرجم عرفت بهذا الحديث ، فإن أول من رجم في الإسلام ماعز ، فلم تكن شرعيته ثابتة في تلك الحالة ، فلا يكون تأخيرا .

ولكن سلمنا أنه كان ثابتا في تلك الحالة ، ولكن يحتمل أن تأخير النبي ﷺ إنما كان لتعرف : هل هو عاقل ؟ ولهذا قال : أبك جنون ؟ أو يحتمل أنه عليه السلام ما وجد في تلك الساعة من يقيم عليه الحد ولم يكن يقيم بنفسه .

ولكن سلمنا أنه كان مأمورا بالإقامة ، ولكن مقتضى الأمر الوجوب على الفور أم على

(١) أذلقته الحجارة بلغت منه الجهد حتى تضرر - أفلقت - المعجم الوسيط . وراجع فيما تقدم الهامش ٢ - ٣ ص ٢٠١ و ٣ ص ٢٠٥ .

(٢) الحرة موضع بظاهر المدينة تحت واقم وبها كانت وقعة الحرة لإيام يزيد بن معاوية - المعجم الوسيط .

(٣) راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .

(٤) راجع فيما تقدم الحديث ص ٢٠١ والهامش ٢ - ٣ ص ٢٠١ والهامش ٣ ص ٢٠٥ . بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٣ و ١٠٣٤ ص ١٨٨ - ١٨٩ . وسيل السلام ، ٤ : رقم ١١٣٠ ص ١٢٧٢ - ١٢٧٥ .

(٥) كذا الظاهر في الأصل . وفي المعجم الوسيط : أخر الشيء جعله بعد موضعه وأخر الميعاد أجله . وسيأتى بعد قليل : « أخر الإقامة » - ولعل الأظهر : أخر إقامة الحد به .

١/٧٧ التراخي ؟ ع م - وهذا لأن / مطلق الأمر يجوز تأخيره عن أول أوقات الإمكان ، ولأنه غير متقرر ، بدليل أنه يرتفع بالرجوع ، فيحتمل أنه عليه السلام كان يتوقع الرجوع .

ثم هذا معارض بما روى أبو هريرة وزيد بن خالد أنهما قالا : إن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ! أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله - فقال الآخر وهو أقره منه : نعم ، فاقض بيننا بكتاب الله ، واثنى لي - فقال رسول الله ﷺ قل : قال : إن ابني كان عسيفا على هذا ، فزني بامرأته ، وإني أخبرت أن على ابني الرجم ، فاقتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم ، فأخبروني أن ما على ابني جلد مائة وتغريب عام وأن على امرأة هذا الرجم - فقال رسول الله ﷺ والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله : الوليد والغنم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، اغد يا أنيس - لرجل من أسلم - إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها - قال : فغدا عليها فاعترفت فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت (١) - متفق على صحته ، والاعتراف حصل بالإقرار مرة واحدة .

الجواب :

قوله : شرعيته لم تكن ثابتة في تلك الحالة - قلنا : بلى ، ولكن شرعية الجلد كانت ثابتة . فلو ظهر الزنا بالإقرار مرة لما أخر إقامته .

قوله : يحتمل أن التأخير إنما كان لأنه شك في عقله - قلنا : لا نسلم ، بل عرفه قبل ذاك . والدليل على أنه كان عاقلا أنه جاء تائبا نادما طالبا لحد الله ، وهو أمانة العقل ، وسؤال النبي ﷺ عن جنونه إنما كان تلقينا له الشبهة ، كما هو السنة .

(١) راجع : بلوغ المرام ، رقم ١٠٣١ ص ١٨٨ . وسبل السلام ، ٤ : ١٢٦٧ - ١٢٦٨ وفيهما : متفق عليه واللفظ لمسلم وراجع فيما تقدم الهامش ٥ ص ١٤٤ . والعسيف الأجير وسمى عسيفا لأن المستأجر يعسفه في العمل والعسف الجور . وأنيس هو أنيس بن الضحاك الأسلمي وغلط من زعم أنه أنس بن مالك صغره النبي ﷺ عند خطابه (راجع بلوغ المرام ، الموضع السابق ، هامش ٢ ص ١٨٨ . وسبل السلام ، الموضع السابق ، الهامش ١ و ٣ ص ١٢٦٨ .

قوله : لم يجد من يقيم عليه - قلنا : لا نسلم ، بل كان قادرا على الإقامة قبل الإقرار
أربعاً بالطريق الذى بعد الإقرار [أربعاً]^(١) .

قوله : مطلق الأمر يقتضى الوجوب على التراخى - قلنا : الجواب عنه من وجوه :

أحدها - / أنه يقتضى الوجوب على الفور ، لأن الأصل أن لا يتراخى الحكم عن
السبب .

والثانى - أن الأمر بالحد يقتضى الوجوب على الفور ، لأنه متوجه على الإمام ، وفى
التراخى احتمال الفوات .

والثالث - أن حد ماعز وجب على الفور ، لأنه كان طالباً للطهارة وطلبه يقتضى
الفور . وأما النذور والكفارات فممنوع - عن الجصاص - بل يجب على الفور .

قوله : كان غير متقرر لاحتمال الرجوع - قلنا : هذا الاحتمال ثابت بعد الإقرار
أربعاً . ومع هذا متقرر ، فعلم أنه كان متقراً .

وأما الحديث - [ف] لا يخلو : إما إن كان متقدماً على ما روينا ، أو متأخراً عنه .
فإن كان متقدماً كان منسوخاً بهذا . وإن كان متأخراً ينصرف إلى الاعتراف بالمعهود فى
هذا الباب ، وهو الإقرار أربع مرات .

٨٧ - مسألة : الإحصان يثبت بشهادة رجل وامرأتين .

وصورته - إذا أنكر الزانى بعض شرائط الإحصان .

والوجه فيه - أن هذا زان ظهرت ثباته^(٢) عند القاضى بحجة شرعية ، فيجب عليه
الرجم .

(١) فى الأصل كذا : « بعد الإقرار الأربعة » .

(٢) رجل ثيب وامرأة ثيب - قال ابن السكيت : وهو الذى دخل بامرأة وهى التى دخل بها

- مختار الصحاح .

وإنما قلنا إنه زان ، لأن الزنا ثبت بحجة شرعية .

وإنما قلنا : ظهرت ثيابه - لأنه وجدت الحجة المثبتة لها ، المظهرة لها عند القاضي . وهو شهادة رجل وامرأتين ، لأن [ل] مثل شهادة رجلين في إظهار الحق . لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ (١) - فيجب عليه الرجم بالحديث (٢) .

فإن قيل : قولكم شهادة رجل وامرأتين مثل شهادة رجلين - قلنا : لا نسلم . أما النص - قلنا : ذاك في باب المدائنة ، بدليل سياق الآية (٣) ، ونحن نقول به . ولئن سلمنا أن شهادة رجل وامرأتين مثل شهادة رجلين ، لكن لا مدخل لها في باب الحدود ، بالإجماع .

ولأن الإحصان شرط في معنى العلة ، بدليل أنه يصح الرجوع عن الإقرار بالإحصان ، كما في الزنا .

ولا يشترط الدعوى في الشهادة عليه ، كما في الزنا . فلا تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين إلحاقاً له بحقيقة العلة / في باب الرجم .

١/٧٨

ولأن الذكورية (٤) عندكم شرط في باب التزكية مع أنه أبعد من الحد - فهذا أولى . ثم هذا الذي ذكرتم ظن وقياس ، والحدود لا تثبت بالظن والقياس .

(١) البقرة : ٢٨٢ - ﴿ .. واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ... ﴾ وانظر فيما يلي الهامش ٣ .

(٢) راجع فيما تقدم ص ٢٠٤ والهامش ١ و ٢ منها ، وص ٢١٦ والهامش ١ منها .

(٣) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تدانتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ... ﴾ راجع فيما تقدم الهامش ١ والآية كلها من سورة البقرة .

(٤) الذكر خلاف الأنثى والذكورة خلاف الأنوثة - المعجم الوسيط .

الجواب :

قوله : النص (١) ورد في المداينات لا في الحدود - قلنا : الأمر بالاستشهاد ورد في المداينات ، ولكن تفسير الشاهدين ورد مطلقا ، بدليل أنه ألحق به النكاح وغيره .

قوله : شهادة النساء لا مدخل لها في باب الحدود - قلنا : بلى ، ولكن لم قلتم بأنه شهادة الحد ، بل هو شهادة على النكاح ، وهو غير الزنا .

قوله : بأن الإحصان شرط في معنى العلة - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، بدليل أن النكاح لو ثبت بشهادة رجل وامرأتين قبل ظهور الزنا ثم زنى وظهر عند القاضي زناه ، يقضى بالرجم عليه .

وأما الرجوع - فلأن الإحصان شرط (٢) حق الله تعالى ، وهو الرجم .

ولا يشترط الدعوى ، لأن فيه تحريم الفرج .

وأما التزكية - فإنها شرط في معنى العلة ، لأنها مؤثرة في ظهور عدالة الشاهد ، وعدالة الشاهد في ظهور الزنا .

قوله : هذا إثبات الحد بالرأى والقياس - قلنا : ليس كذلك ، بل إثبات بالاستدلال ، لأننا بينا أن هذا عين المنصوص عليه لا غيره .

٨٨ - مسألة : حد القذف لا يورث ، ولا يسقط بإسقاطه ، ولا يجزى فيه التداخل . وعنده : يورث ، ويسقط ، ويتداخل (٣) .

والوجه فيه - أن المقلب في حد القذف حق الله تعالى ، فلا يجزى فيه الإلث ، قياسا على الزنا (٤) .

(١) البقرة : ٢٨٢ - راجع فيما تقدم الهامش ١ و ٣ ص ٢١٨ .

(٢) في الأصل يظهر أنها « بشرط » .

(٣) راجع : السمرقندى ، التحفة ، ٣ ، ٢٢٦ - ٢٢٧ .

(٤) قال السمرقندى في التحفة ، ٣ : ٢٢٧ : « فالحاصل أن المقلب في حق القذف حق

الله تعالى عندنا . وعنده المقلب حق العبد - فلا يورث عندنا ، خلافا له » .

وإنما قلنا ذلك ، لأنه قابل للتبصيف . ولأن أثره إشاعة الفاحشة ، وذلك حق الشرع . ولهذا لا يباح برضا العبد ، فكان قضيته أن لا يكون العبد بسبيل من استيفائه ، إلا أن الشرع جعله نائباً عن نفسه في ذلك ، فقيماً عداه متمسك بالدليل .

فإن قيل : قولكم بأن أثره إشاعة الفاحشة - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأن قول القاذف « زني » إن كان يقتضى ظهور الفاحشة ، فإنكار المقدوف / يقتضى عدمه ، فتعارضاً ، فلا يظهر الفاحشة .

٢/٧٨

ولئن سلمنا أنه إشاعة الفاحشة وإنه حق الشرع من هذا الوجه ، ولكنه هنك حرمة عرض العبد ، فيكون حق العبد من هذا الوجه ، وحقه في العرض أقوى ، لأنه تبع النفس ، وحقه في النفس أقوى ، لأن قتله يشرع لخير القصاص والدية ، وحق الشرع في القتل بالكفارة .

والدليل على أن الغالب في القذف حق العبد الأحكام :

منها - أنه يشترط فيه دعوى العبد . فلو كان الغالب حق الشرع لما شرط ، كحد (١) الزنا .

ومنها - أنه لا يسقط بتقادم العهد .

ومنها - أنه لا يصح فيه الرجوع بعد الإقرار .

ومنها - أنه يعمل فيه تصديق العبد .

ومنها - لو قذف ميتاً يثبت حق إقامة الحد للورثة .

ولئن سلمنا أن حق العبد مغلوب ، ولكن لم قلتم بأن ذلك القدر الذي ثبت للمورث ، وإن قل ، لا يثبت للمورث ؟ .

(١) في الأصل تشبه : « لحد » .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات - الآية ﴾ (١) مطلقا هـ .
الجواب :

قوله : بأن قول القاذف « زنيث » ينعدم بإنكاره - قلنا : ليس كذلك ، لأنه إذا وقع في ألسن الناس ، والناس بين مصدق ومكذب ، تشيع الفاحشة ، ولا نعنى بإشاعة الفاحشة إلا هذا القدر .

قوله : فيه هتك عرض العبد - قلنا : بلى ، ولكنه غير مقصود ، بل هو تبع لحق الشرع .

وأما الأحكام - قلنا :

إنما يشترط الدعوى - لأن الأصل ألا تسمع البينة إلا بالدعوى ، إلا في الزنا والشرب : [ف] لا تشترط الدعوى ، لأنه لا يتعين لذا (٢) . والقذف والسرقه يتعين فيشترط (٣) .

وأما قبول الشهادة بعد تقادم العهد - إنما كان لأنه لا تهمة في التأخير ههنا لكونه موقوفا على الدعوى ، بخلاف سائر الحدود ، فإن التأخر دل على التهمة ، لعدم الدعوى (٤) .

وإنما لا يصح الرجوع بعد الإقرار - لأن له مكذبا وهو المقدوف ، بخلاف الزنا (٥) / وبخلاف السرقه فإنه حق الشرع .

(١) النور : ٤ وما بعدها : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون » إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم » والذين يرمون أزواجهم ... ﴾ . وانظر أيضا : النور : ٢٣ .

(٢) قد تكون « كذا » .

(٣ - ٤) راجع : السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ٢٤٥ - ٢٤٦ .

(٥) في الأصل كذا : « الربا » بلا نقط .

وأما التصديق - إنما لا يجب مع التصديق لحق^(١) الشرع ، وهو احتمال الكذب .
وأما إذا قذف ميتا - لا يثبت لهم بطريق الوراثة ، بل ابتداء للحقوق العار بهم .
قوله : إن كان حق العبد مغلوبا ، لم لا يجب الحد ؟ قلنا : لأن المغلوب له حكم
العدم .

قوله : لم قلتم بأن ذلك القدر الذى ثبت للمورث لا يثبت للوارث ؟ قلنا : لأن فى
استيفائه حيثنذ بإطلاالا لحق^(٢) الشرع بخلاف المورث ، لأنه نائب^(٣) عن الشرع ،
[و] من ادعى النيابة ههنا فعليه البيان .

وأما إطلاق الآية - قلنا : لم يبق الإمكان ، لأن الدليل ينفيه^(٤) .
والله أعلم .

-
- (١) فى الأصل كذا : « لعقد » راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٢١٩ والهامش ٤ التالى .
(٢) فى الأصل « لأن فى استيفائه حيثنذ يكون إبطالا للحق الشرع » راجع فيما تقدم
الهامش ٤ ص ٢١٩ والهامش ٤ التالى .
(٣) « نائب » غير واضحة فى الأصل وموضعها فيه بياض فى معظمه .
(٤) راجع الشوكافى ، فتح القدير ، ٤ : ٧ وما بعدها .

قال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ٢٢٦ : ولو أنه طلب المقذوف الحد وخاصم بين يدى
القاضى ، وحكم القاضى به ، ثم مات ، أو مات قبل أن يطالب ، أو مات بعد ما ضرب بعض
الحد - بطل الحد وبطل ما بقى ، وإن كان سوطا واحدا ، ولا تبطل شهادة المقذوف - وهذا
عندنا . وعند الشافعى : يقوم الوارث مقامه فى الخصومة والحضرة . فالحاصل أن الغلب فى حق
القذف حق الله تعالى عندنا . وعنده الغلب حق العبد ، فلا يورث عندنا خلافا له .

وفى الزيلعى ، تبيين الحقائق ، ٣ : ٢٠٣ : (ويطل بموت المقذوف لا بالرجوع والعفو) يعنى
حد القذف يطل بموت المقذوف ولا يطل بالرجوع عن الإقرار ولا بالعفو . وكذا بموته فى أثناء
الحد : يطل ، لأن فيه حق الله تعالى وحق العبد ، فبالنظر إلى حق الله تعالى يطل بالموت ولا يطل
بالعفو . وبالنظر إلى حق العبد لا يطل بالرجوع بخلاف غيره من الحدود .

٨٩ — مسألة : القطع مع الضمان لا يجتمعان .

والوجه فيه - أن السرقة تناولت مالا غير منتفع به في حق المالك شرعا^(١) ، فلا يوجب الضمان ، حقا للمالك ، قياسا على سرقة الخمر والخنزير .

وإنما قلنا ذلك - لأن هذه السرقة انعقدت موجبة للقطع ، وانعقادها موجبة للقطع دليل على أن المال غير منتفع به حالة السرقة ، أو هو محرم الانتفاع به بعينه شرعا ، لأنه لو كان منتفعا به في حالة السرقة كان الانتفاع مباحا في ذاته في حق السارق ، فكانت السرقة مباحة ، تمكينا له من الانتفاع وإقامة للمصالح ، وكل فعل هذا حاله ، لا يعرى عن الشبهة . ولو تمكنت الشبهة فيه لاندفع القطع ، لأن الحدود تندريء بالشبهات - فدل وجوب القطع على عرائها عن الشبهة ، ودل عراؤها عن الشبهة على كونه محرم الانتفاع ، فلا يجب الضمان ، لأن أخذ الضمان [سببه] إتلاف مال منتفع به ، فلا يتلف إلا بمثله .

فإن قيل : اعتبار مثل هذه الشبهة يؤدي إلى سد باب الحد ، لأن السرقة لا يتصور بدونها ، فكان باطلا .

ثم نقول - وجوب القطع يدل على كون المال غير منتفع به شرعا في حق السارق أم في حق المالك ؟ / م ع . وهذا لأن الحل والحرمه : جاز أن^(٢) يثبت في حق شخص دون شخص - ألا ترى أن منكوحة الغير حلال الوطء في حقه حرام الوطء في حق الأجنبي ، وغيرها من الأمثلة - كذا هذا : المال حلال الانتفاع في حق المالك وإنه يكفي لوجوب الضمان ، محرم الانتفاع في حق السارق ، ولهذا يقطع - دل عليه أنه يبقى ملك المال فيه ، بدليل وجوب الرد .

(١) الظاهر أن المقصود أنه لا يجوز للسارق الانتفاع بالمال المسروق لأنه مملوك للمسروق منه - انظر فيما يلي .

(٢) في الأصل كذا : « جاران » - انظر ما يلي في الجواب .

ولئن سلمنا أنه غير منتفع ، ولكن بالسرقة خرج عن الانتفاع ، فيوجب الضمان ،
ولأنه كان منتفعا به قبل الإخراج من الحرز ، فتناول الأخذ مالا معصوما ، فكان غصبا
موجبا للضمان ، ولهذا لو أتلّف قبل الإخراج يجب عليه الضمان .

الجواب :

قوله : هذه [الشبهة] تؤدي إلى سد باب الحد ، لأن السرقة لا تتصور بدونها -
قلنا : لا نسلم ، بل تتصور بدونها ، بأن يسرق الخمر أو الخنزير .

قوله : جاز أن يثبت الحل والحرمة في حق شخص دون [شخص] (١) - قلنا :
نعم ، ولكن الإباحة إذا ثبتت في حق شخص بدليل ، وذلك الدليل يقتضي
الإباحة في حق غيره ، تثبت شبهة الإباحة إن لم تثبت حقيقة الإباحة - بخلاف
المنكوحة ، لأن المنافع التي يستوفيهما الزوج غير التي يستوفيهما الأجنبية .

وأما بقاء الملك ووجوب الرد - [ف] لا يدل على كونه مباح الانتفاع به ، بدليل
الخمر إذا سرق من مسلم .

قوله : تناول الأخذ مالا معصوما ، فيكون غصبا - قلنا : نعم ، ولكن السرقة تتم عند
الإخراج من الحرز ، والفعل قبل الإخراج من الحرز ليس بسبب للضمان ، لأن الغصب
إنما يكون سببا للضمان بإزالة يد المالك ، وما دام في داره فهو في يد المالك ، فلو أتلّفه
في الدار ، ففيه اختلاف المشايخ .

٩٠ - مسألة : لا قطع على النباش (٢) .

والوجه فيه - أن النباش لا يساوي السرقة من الأحياء ، في وصف الجناية والقبح ،
فلا يساويه في العقوبة .

(١) « شخص » ليست في الأصل . وفيما تقدم « .. الحل والحرمة جاز أن يثبت في حق
شخص دون شخص » .

(٢) النباش من يفتش القبور عن الموق ليسرق أكفانهم وحليهم والنباش حرفة نبش القبور -
المعجم الوسيط .

وإنما قلنا ذلك - لأن السرقة من الأحياء جناية على مال يستعمل في مصلحة البقاء ظاهرا / غالبا ، والجناية على مال - لا يستعمل في مصلحة البقاء ظاهرا وغالبا - هو النيش ، لأنه لا يتنفع بالكفن شرعا ، لكونه محرم النزع ، ولا طبعا لتقر الطباع^(١) السليمة عنه ، وإذا لم يستويا في الجناية ، لم يستويا في العقوبة ، لما ذكرنا .

فإن قيل : قولكم بأن النيش لا يساوى السرقة - قلنا : لا نسلم ، لأن النيش سرقة بالنقل والحقيقة : أما النقل - [ف] ما روى عن عائشة أنها قالت : « سارق أمواتنا كسارق أحيائنا » والمراد النباش . وأما الحقيقة - فلأن السرقة في عرف الشرع أخذ مال مملوك متقوم من حرز كامل على سبيل الخفية ، وقد وجد ، فيوجب القطع بالنص . ولئن سلمنا أنه غير السرقة ، ولكن لم قلتم بأنه لا يساوى السرقة ؟ .

قوله : لأنه أخذ مال لا يستعمل في مصلحة البقاء - قلنا : الشرط حقيقة الاستعمال أم كونه صالحا للاستعمال ؟ ع م . وهذا لأنه ثوب صالح لإقامة^(٢) المصالح ، إلا أنه منع عن الانتفاع به لما فيه من كشف عورة الميت ، لا لعينه ، فصار كالثوب النجس^(٣) ، فإنه يقطع به - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه لا يتنفع به ، ولكن قبل النزع أم بعده ؟ ع م - وهذا لأن الكفن إذا نزع يجوز الانتفاع به ، لأن إعادته إلى الميت غير مشروع .

وأما ما ذكر من النفرة فذاك يختلف باختلاف الطباع ، وإنه لا يغل بالانتفاع ، كثوب الأبرص والأجرب والمجدوم .

ولئن سلمنا أنه فات هذا النوع من القبح ، ولكن عارضه قبح آخر ، وهو كشف الميت .

(١) في الأصل كذا : « لتنفر » . وفي المعجم الوسيط : تفر نفرا وتنفورا أعرض .

(٢) في الأصل كذا : « للإقامة » .

(٣) في الأصل كذا : « النجس » وسيأتي « الثوب النجس » .
(طريقة الخلاف في الفقه - م ١٥)

الجواب :

قوله النيش سرقة - قلنا لا نسلم .

وأما قول عائشة : سارق أمواتنا - قلنا : سمته سارقا بطريق المجاز .

وأما ما ذكر من حد السرقة - قلنا : ذاك القدر لا يكفي لحد السرقة ، بل هو مع كونه أخذاً من حافظ مترصد لحفظه ، وذلك لا يتحقق ههنا . ولهذا لو سرق من بيت في طرف من أطراف البلد ليس حوله [عمارة ^(١)] ولا ثم / حافظ وأغلق بابه ، فإنه لا يقطع . وكذلك إن سرق مالا آخر من القبر غير الكفن لا يقطع ، لما ذكرنا - كذا هذا .

٢/٨٠

قوله : الشرط حقيقة الاستعمال أم كونه صالحا للاستعمال ؟ - قلنا : الشرط كونه بحال يستعمل في مصلحة البقاء عادة ، والنيش جناية على مال لا يستعمل في مصلحة البقاء عادة ، لقيام المانع على ما ذكرنا ، فلا يكون أخذه في الجناية مثل أخذ مال آخر ، بخلاف الثوب النجس لأنه لا مانع عن الانتفاع به طبعاً وشرعاً بواسطة الإزالة . وبه خرج الجواب عن السؤال الذي يليه .

قوله : بأن الطيبات مختلفة - قلنا : الحكم لا يبنى على طيبات اللثام ولا على طيبات الكرام ، ولكن على الأوساط الأعم ، وطيبات الأعم ما ذكرنا ، بخلاف ثوب الأبرص ، لأن تلك النفرة تزول بالغسل - أما ههنا بخلافه .

وأما كشف الميت - فلا ، لأ [نه] لا يوجب القطع ، والكلام فيه .

(١٠) كلمة هنا غير ظاهرة والمعنى ظاهر : ليس حوله عمران أو جيران .

انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ٢٣٧ : « ومنها (من شرائط السرقة) - أن يكون المال المسروق محفوظاً ، محرراً على الكمال . وإنما يكون محرراً بأحد أمرين : إما أن يكون في مكان معد للإحراز عادة ، كالدير والبيوت والخوانيت والصناديق . وإما أن يكون محرراً بالحفاظ ... » .

٩١ - مسألة : السارق لا يؤتى على أطرافه الأربعة - خلافا له .

والوجه فيه - أن القطع في المرة الثالثة تفويت جنس منفعة البطش ، فلا يشرع حدا ، قياسا على قطع اليدين في المرة الأولى .

وإنما قلنا ذلك - لأنه تفويت القدرة على البطش أصلا ، فلا يشرع لوجهين :

أحدهما - أنه إهلاك النفس من وجه ، لأن قيام النفس بقيام منافعها ، وفي الإهلاك من وجه شبهة الإهلاك ، والحدود تندريء بالشبهات .

والثاني - وهو أن القطع شرع زاجرا ، وفي تفويت جنس منفعة البطش لا يكون زجرا ، لأن الزجر إنما يحصل أن لو بقى الشخص قادرا على الفعل المزجور عنه .

فإن قيل : قولكم بأن القطع في المرة الثالثة تفويت منفعة البطش - قلنا : تفويت المنفعة يضاف إلى القطع في الثالثة فحسب أم إليه وإلى الأولى والثانية ؟ ع م - ولكن حينئذ يكون القطع في المرة الثالثة تفويت بعض هذه المنفعة ، وإنه مشروع بالإجماع كما في الأولى .

ولكن / سلمنا أنه تفويت المنفعة لم لا يشرع ؟ .

قوله : هو إهلاك النفس من وجه - قلنا : لا نسلم ، بل هو تفويت منافع اليد ، أما منافع النفس فهي قائمة بحالها .

وأما قوله بأنه شرع للزجر ولا يحصل به الزجر ، لعذر^(١) القدرة - قلنا : لا نسلم ، بل يتصور بالأخذ بالأسنان والإبط والرسغين والاستعانة بغيره ، ولهذا يقطع الأعمى إذا سرق على ما ذكرتموه .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾^(٢) مطلقا من

(١) في الأصل كذا : « لعذر » .

(٢) المائة : ٣٨ - ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ﴾ .

غير فصل ، ولأن السرقة في المرة الثالثة أقبح من السرقة في المرة الأولى والثانية ، لأنه أدل على الجرأة والوقاحة وللإصرار عليها . فكانت الحاجة إلى شرع القطع أمس ، وصار هذا كما إذا قطع يسار إنسان والقاطع لا يمين له ، يقطع يسار القاطع ، مع ما ذكرتم - كذا هذا .

الجواب :

قوله : بأن تفويت المنفعة مضاف إلى القطعين - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأن الحكم إذا ثبت عقيب علة ذات وصفين ، يضاف إلى آخرهما ، كما في مسألة السفينة (١) .

قوله : بأنه تفويت منفعة اليد لا النفس - قلنا : بلى ، هو تفويت منفعة النفس ، لأن النفس هي الآخذة واليد آلة ، على أن النفس عبارة عن مجموع هذه الأعضاء . قوله : لم قلتم بأن الزجر لم يحصل بهذا القطع ؟ قلنا : لأن الزجر إعدام الجناية مع بقاء الجاني ، وفي هذا إعدام الجاني - على ما مر ، فلا يكون زجرا .

وما ذكر من الصور فنادر جدا ، فيلحق بالعدم .

(١) يجوز أن تكون العلة وصفا واحدا ويجوز أن تكون وصفين وأوصافا بلا خلاف في الشرعيات فهل العلة هي كل الأوصاف أو صفة الاجتماع أو الوصف الزائد المجهول الذي لا يتصور انعدام العلة والحكم بدونه . قال بعضهم العلة هي كل الأوصاف . وقيل العلة صفة الاجتماع . وقال بعضهم : هو الوصف الزائد . وهو وصف من الجملة غير عين ، وهو الذي لا يتصور بدونه الاجتماع ولا ينعدم العلة بدونه . نظير المسألة : سفينة في الماء لا تفرق بوضع كر فيها ، وتفرق إذا زيد قفيز على الكر : فوضع إنسان فيها كرا وقفيزا ، من مال إنسان بغير إذن صاحبه ، حتى غرفت السفينة وتلف ما فيها : فعند الأولين يضاف إلى الكر والقفيز جميعا . وعند الفريق الثاني : إلى صفة الاجتماع . وعند الفريق الثالث : يضاف إلى قفيز من الجملة غير عين ، لا إلى قفيز زائد عينا .

ويستوى الجواب بين أن يلقي الكر والقفيز معا ، أو يلقي الكر أولا ثم القفيز ، أو يلقي القفيز أولا ثم الكر ، لأنه ما لم يوجد الكل ، لا يتحقق التلف بأي طريق وجد وضع الكل ... الخ .

بخلاف الأعمى : فإن آلة السرقة قائمة ، وهى اليدان ، أما ههنا بخلافه .

وأما الآية - قلنا : عام خص منه البعض ، فيخص المتنازع فيه ، لما ذكرنا .

على أن المراد من الأيدى فى الآية الأيمان لا غير ، بدليل قول ابن مسعود : « فلا يكون اليسار مرادا » فكان مقتضاه أن لا يقطع رجله فى المرة الثانية لأن^(١) قطع الرجل وجب بنص آخر ، لا بهذا النص .

٢/٨١ وأما قوله بأن القطع ههنا الحاجة إليه أمس - قلنا : هذا غير معتبر بدليل أن / سرقة ألف دينار يساوى سرقة دينار فى حكم القطع .

وأما وجوب القصاص فى العمد من الجانبين - فلأن القصاص فى الأطراف يعتمد التساوى صورة وقد وجد - أما ههنا بخلافه .

٩٢ - مسألة : السارق إذا ملك المسروق بعد القضاء ، قبل الاستيفاء ، بالهبة وغيرها من أسباب الملك ، لا يجب القطع استيفاء ، خلافا له .

وأجمعوا على أنه لو لملك قبل الخصومة ، لا يجوز استيفاء القطع . ولو ملكه بعد الخصومة قبل القضاء ، لا يجوز القطع . وله فيه قولان .

والوجه فيه - أن هذه البينة لم تتم موجبة للقضاء بالقطع ، فلا يقطع ، قياسا على ما إذا ملكه قبل القضاء .

وإنما قلنا ذلك - لأن شرط كون البينة موجبة للقطع ، قيام الخصومة عند استيفاء القطع^(٢) ، لأن البينة حجة ضرورية ، خصوصا فى القطع ، لأن الدليل ينفى كونها حجة ، لاحتمال الكذب والصدق ، إلا أنا توافقنا على كونها حجة للضرورة ، والضرورة تندفع بجعلها حجة عند قيام الخصومة ، فلا ضرورة إلى جعلها حجة فى غير الخصومة .

(١) فى الأصل قد تكون : « للان » .

(٢) فى الأصل تشبه « اللطح » ولو أولا .

فإن قيل : قولكم : لا ضرورة إلى جعل البينة حجة ههنا ، بطلانه ظاهر ، لأن
الضرورة الجاعلة للبينة حجة هي الحاجة إلى صيانة أموال الناس عن السرقة بطريق
الزجر ، وهذه الضرورة موجودة ههنا .

ولئن سلمنا أن الضرورة عند قيام الخصومة ، لكن في الجملة أم في الحال ؟ م ع -
بيانه - أن شرط كون البينة حجة غير وجود الحجة ، وقد وجدت الخصومة عند البينة ،
فصارت حجة مطلقة ، فدوام الشرط بعده ليس بشرط ، كما إذا زنى بامرأة ثم ملكها
بالنكاح أو بأمة ثم ملكها بالشراء ، لا يمنع استيفاء الحد - كذا هذا .

والدليل على أن الضرورة إلى جعل البينة حجة - هي قبل الاستيفاء ، لا حالة
الاستيفاء / أنه لو قطع إنسان يده قبل القضاء يضمن ، ولو قطعها بعد القضاء لا
يضمن . وكذلك السارق لو رد المسروق إلى المالك بعد القضاء قبل الاستيفاء لا يمنع
الاستيفاء ، ومعلوم أن حق الخصومة كما يتمتع بالملك يتمتع بالرد ، ولأنه ظهر عند القاضي
كونه سارقا ، فيتناوله النص الموجب للقطع .

١/٨٢

ثم هذا معارض بما روى صفوان بن أمية قال : « كنت نائما في المسجد على
خميسة^(١) لي بثمان ثلاثين [درهما] فجاء رجل فاغتسلها مني ، فأخذ الرجل ، فأتى
به إلى النبي ﷺ ، فأمر به ليقطع فأتيته فقلت : أنقطعه من أجل ثلاثين درهما ! أنا

(١) الخميسة ثوب أسود أو أحمر له أعلام - المعجم الوسيط .

صفوان بن أمية بن خلف قتل أبوه أمية بن خلف بيدر كافرا . وهرب صفوان يوم الفتح ثم رجع
إلى النبي ﷺ فشهد معه حنينا والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة أسلمت يوم الفتح قبل صفوان
بشهر ثم أسلم صفوان وقرا على نكاحهما واستعاره رسول الله ﷺ سلاحا فقال « طوعا أو كرها »
فقال « بل طوعا - عارية مضمونة » فأعاره وأعطاه رسول الله ﷺ من الغنائم يوم حنين فأكثر
فأسلم وأقام بمكة حتى مات . وكان إسلامه بعد الفتح وكان أحد أشرف قريش في الجاهلية وهو أحد
المؤلفة قلوبهم وكان من أقصَح قريش لسانا ومات صفوان بمكة سنة ٤٢ هـ في أول خلافة معاوية .
روى عنه ابنه عبد الله وابن أخيه حميد وغيرهما - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

أبيعه وأنسه^(١) ثمنها . وفي لفظ : قد تجاوزت عنه - قال فهلا كان هذا قبل أن تأتيني به «^(٢) - رواه النسائي .

الجواب :

قوله - بأن الضرورة هي صيانة أموال الناس بطريق الزجر - قلنا : بلى ، ولكن هذه الضرورة إنما تندفع باستيفاء القطع الذى يحتاج إليه الزجر ، والقاضى يتمكن من استيفاء القطع الذى يحتاج إليه الزجر ، بجعلها حجة عند الاستيفاء ، فلو امتنع حصول الزجر ، إنما يمتنع بفقد الخصومة عند الاستيفاء ، بسبب ملك السارق ، وذلك أمر نادر .

قوله : البينة صارت حجة عند القاضى - قلنا : نعم ، ولكن فى حق المال . أما لا ضرورة إلى جعلها حجة فى حق القطع ، بخلاف ما إذا ملك المزينة ، لأن الخصومة ليست بشرط فى باب الزنا .

وأما إذا قطع إنسان يد السارق بعد القضاء ، قبل الاستيفاء - قلنا : لأن البينة بقيت حجة عنده فى حق نفى الضمان ، لأن الظاهر هو استيفاء القطع ، ومثل هذه اليد لا يكون منتفعا بها من كل وجه ، فلا يكون قطعها موجبا للضمان .

وأما فصل رد المسروق ، فممنوع .

قوله : بأن السرقة ظهرت عند القاضى وثبت كونه سارقا - قلنا : هذا باطل بالسرقة الظاهرة بشهادة الرجال والنساء أو بالشهادة على الشهادة .

(١) نسأ الشيء أو الأمر آخره - يقال : نسأ الدين واستنسأه استمهله والنساء التأخير والنسأ تأخير حرمة المحرم إلى صفر أيام الجاهلية .

والنسيئة الدين المؤخر - يقال : باعه بنسيئة أى بتأخير . وربا النسيئة خلاف ربا الفضل وهو البيع إلى أجل معلوم من غير تقابض ولو كان بغير زيادة - المعجم الوسيط .

(٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ١٠٥٩ ص ١٩٤ : وسبل السلام ، ٤ : ١٥٨ ص ١٣٠٦ .

وأما حديث صفوان بن أمية فمعارض بإطلاق قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة / فاقطعوا - الآية ﴾ (١).

٩٣ - مسألة : السارق من المودع والمستعير والمضارب والمرتهن والمستأجر والغاصب - يقطع بخصومة هؤلاء وخصومة المالك وحده .

والوجه فيه - أن السرقة انعقدت موجبة للقطع في نفسها ، وقد ظهرت عند القاضي ، بحجة شرعية ، فيجب على القاضي استيفاء القطع قياسا على ما إذا ظهرت بخصومة المالك .

وإنما قلنا : إن السرقة انعقدت موجبة للقطع ، لأن الكلام في مثل هذه السرقة . 'وإنما قلنا - إنها ظهرت عند القاضي بحجة شرعية ، لأن الحجة الشرعية شهادة عدلين ، عند خصومة معتبرة ، وقد وجد ، لأن خصومة المودع خصومة معتبرة ، لأن خصومة المالك إنما اعتبرت لحاجته إلى إظهار السرقة ، لإعادة يده على المحل ، تحصيلاً للأغراض المتعلقة باليد .

فإن قيل : بأن السرقة ظهرت عند القاضي بحجة شرعية عند خصومة معتبرة - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأن خصومة المالك إنما اعتبرت لحاجته - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن حاجة المالك إثبات الملك وإعادة اليد لا إظهار السرقة . وهذه الحاجة تندفع بمجرد دعوى الأخذ ، إلا أن الشرع أنابه مناب نفسه في دعوى السرقة ، فلا يجعل غيره نائباً .

ولئن سلمنا أن المالك إنما جعل خصماً في دعوى السرقة ، بطريق الأضالة ، لحاجته - ولكن حاجته إلى إعادة اليد فقط ، أو إليها وإلى استيفاء المنافع المختصة بملك الرقبة ؟ ع م - ولكن هذا المعنى لا يتحقق في المودع ومن يمثل حاله .

(١) المائدة : ٣٨ : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ﴾ وفي الأصل « السارق » . وراجع فيما تقدم ص ٢٢٧ والهامش ٢ منها .

ولكن سلمنا أن المودع جعل خصما في السرقة ، ولكن أصالة أم نيابة ؟ ع م . فلم قلتم بأن النائب يصلح خصما . وهذا لأن الأبدال لا مدخل لها في باب السرقة ، كما في الشهادة على الشهادة ، وشهادة الرجال مع النساء ، والنيابة من باب الإبدال ، فلا تصلح حجة .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن المالك جعل خصما بطريق الأصالة لحاجته ؟ - قلنا : لأنه محتاج إليه ، ودعوى السرقة تصلح طريقا له ، فكان مناسبا / .

قوله : يتمكن من دفع هذه الحاجة بدعوى مطلق الأخذ - قلنا : هذا إشارة إلى انتفاء الضرورة إلى دعوى السرقة . وحين لا ندعى الضرورة بل ندعى الحاجة ، ودعوى السرقة طريق ودعوى غيرها طريق ، فله أن يختار أيهما شاء .

قوله : بأن المالك جعل خصما لحاجته إلى استيفاء المنافع المختصة بملك الرقبة - قلنا : المنافع حاصلة له من نفاذ العتق والهبة والبيع ممن في يده وغيرها ، إنما الحاجة إلى المنافع المختصة باليد ، والمودع ومن يمثله مع المالك سواء في هذه الحاجة .

قوله : المودع لو كان خصما ، يكون خصما بطريق النيابة - قلنا : لا نسلم ، بل هو خصم بطريق الأصالة ، لأنه يحتاج إلى إعادة اليد - على ما مر . بخلاف مسألة الشهادة ، فإن ثمة في الحجة قصورا^(١) - أما ههنا بخلافه .

٩٤ - مسألة : قسمة الغنائم في دار الحرب لا يجوز . ولو مات واجد من الغزاة في دار الحرب لا يورث نصيبه . ولو لحقهم مدد في هذه الحالة يشاركونهم في الغنيمة . وعنده : الكل على العكس .

والوجه فيه - أن هذه قسمة وقعت قبل ثبوت الملك للغائمين - فلا يجوز ، قياسا على القسمة في حال فور الهزيمة .

وإنما قلنا ذلك - لأن الاستيلاء أمر لا بد منه في ثبوت الملك ، ولم يوجد ههنا .
وإنما قلنا إن الاستيلاء لا بد منه - لأن الملك إنما شرع لمصلحة البقاء ، ومصلحة البقاء إنما تحصل بالقدرة على الانتفاع والادخار ، والقدرة على الانتفاع والادخار إنما تكون بالقدرة على دفع القاصدين^(١) ، وهذه الحالة غير ثابتة في دار الحرب لتوجه المحاربة نحوهم وغلبة الأعداء على أموالهم ظاهرا وغالبا . وإذا انتفت القدرة انتفى الاستيلاء ، فينتفى الملك ، فينتفى جواز القسمة .

فإن قيل : قولكم بأن الملك شرع لمصلحة البقاء - قلنا : شرع لمصلحة البقاء في الجملة أم لا محالة ؟ م ع - ولا يمكن دعواه لأن الإنسان يملك كثيرا من الأموال ، ولا تقوم به مصلحة البقاء / لا محالة ، بل في الجملة على تقدير الحاجة ، وإنه موجود ههنا . ٢/٨٣

ولئن سلمنا أن الملك شرع لمصلحة البقاء ، ولكن لم قلتم بأنه لا يحصل ههنا ؟ .
قوله : لأن ذلك يكون^(٢) بالقدرة - قلنا : نعم ، ولكن لم قلتم بأنه لا قدرة ههنا ؟ .

(١) في الأصل تشبه أن تكون كذلك أو « الغاصيين » . والظاهر ما في المتن - انظر ما على بعد قليل وقصد له وإليه توجه إليه عامدا وأقصد فلانا طعنه فلم يخطئ مقاتله - المعجم الوسيط .
(٢) « يكون » وردت في هامش الأصل والظاهر أنها مشطوبة وإن كان السياق يقر وجودها .

قوله : لأن ذلك يكون بالقدرة على دفع القاصدين^(١) - قلنا : الشرط قدرة دفع قاصد ظاهر القصد. أم قاصد موهوم ؟ م ع - ولا يمكن دعواه لأنه يؤدي إلى سد باب الملك ولكن دفع قاصد ظاهر القصد قد حصل ههنا ، لأن الكلام فيما إذا قتلوههم وهزموههم وغلبوا على أموالهم .

ولئن سلمنا أن ملك الغائبين لم يثبت ، ولكن لم قلّم بأنه لا تجوز القسمة ، وبطلانه ظاهر ، لأن هذا المال لا يخلو : إما أن يكون مباحاً أو تعلق به حق الغزاة : فإن كان مباحاً ، تجوز القسمة ، لأن القسمة حينئذ تكون إثباتاً للملك لهم بالإجماع . وإن تعلق به حق الغزاة ، فتجوز القسمة أيضاً ، لأن القسمة في الحق تجوز كالشرب والطريق .

ثم هذا معارض بما روى عن النبي ﷺ أنه قسم غنائم خيبر بخيبر وغنائم أوطاس^(٢) بأوطاس وغنائم بنى المصطلق في ديارهم .

الجواب :

قوله : الملك شرع لمصلحة البقاء في الجملة أم لمصلحة البقاء لا محالة ؟ - قلنا : لمصلحة البقاء ظاهراً وغالباً ، لأن الدليل ينفي ثبوت الملك ، لأن الأصل في الأشياء أن تكون مباحاً ، لقوله تعالى : ﴿ خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً ﴾^(٣) إلا أنا توافقنا على ثبوت الملك إذا كان وسيلة إلى البقاء ظاهراً وغالباً ، بالنظر إلى ذلك ، وهو صلاحية المال كذلك .

(١) الظاهر أنها كذلك . وقد تكون « القاصيين » - راجع فيما تقدم الهامش ١ وما يلي فقد تكررت كلمات « القصد » و « القاصد » و « القاصدين » ص ٢٣٤ .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٤٠ .

(٣) البقرة : ٢٩ - ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً .. ﴾ . وفي الهامش كلمة « مصلحة » دون الإشارة إلى موضعها من المتن .

قوله : الشرط دفع قاصد ظاهر القصد أم دفع قاصد موهوم القصد ؟ قلنا : الشرط قدرة دفع القاصدين ، وجميع الكفرة قاصدون .

قوله : الكلام فيما إذا قتلوههم وهزموههم - قلنا : لا يمكنهم قتل جميع الكفرة وقهرهم ، وإنما يمكنهم قتل البعض ، فكان القصد / من الباقيين محتملا . ١/٨٤

قوله : بأن المحل إنما يكون مباحا أو تعلق به حق الغزاة - قلنا : الثابت للغزاة حق الملك ، وهذا ليس بأمر قائم بالمحل ، وحق التملك ليس من قبيل ما يقسم ، بخلاف الشرب والطريق ، لأنه حق ثابت في المحل .

وأما الأحاديث - قلنا هذه المواضع كانت دار الحرب ، ولكن صارت دار الإسلام ، لأنه ظهر فيها أحكام الإسلام ، فلا تكون حجة .

٩٥ - مسألة : قال أبو حنيفة وأصحابه : خمس الغنيمة يقسم على ثلاثة أسهم ، سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل (١) .

وعند الشافعي يقسم على خمسة أسهم : ثلاثة ما ذكر ، وسهم للرسول يصرف إلى نائبه وهو الخليفة ، وسهم لقراية الرسول ﷺ (٢) .

ولقب المسألة - أن سهم ذوى القرى ساقط عندهم ، وعنده ثابت .

والخلاف في العلة للاستحقاق - عنده بعلة القرابة ، وعندهم بعلة الفقر كسائر الفقراء . فصار حاصل الخلاف أن الغنى الهاشمي هل يستحق هذا السهم ؟ عندهم لا يستحق ، وعنده يستحق .

والوجه فيه - أن الخمس حق الله تعالى ، فلا يصرف إلى الغنى .

(١) وكذا قال السمرقندي في التحفة ، ٣ : ٥٢٠ - ٥٢١ ، وكذا منه ج ١ ، ص ٤٦٣ وما بعدها .

(٢) انظر الهامش السابق .

وإنما قلنا : إن الخمس حق الله تعالى - لقوله تعالى : ﴿ قل الأنفال لله ﴾ (١) وقوله : ﴿ واعلموا أنما غنم من شيء فإن لله خمسة ﴾ (٢) وإذا كان لله فلا يصرف إلى الغنى ، لأن المقصود من هذا الاستحقاق دفع حاجة العبد ، لأن الله مستغن عن الأموال والحاجات ، وإنما أضافه إلى نفسه لحاجة العباد ، والمحتاج هو الفقير دون الغنى ، فلو صرفناه إلى الغنى لكان فيه صرف الحق إلى غير المستحق ، وذلك لا يجوز .

فإن قيل : قولكم بأن الخمس حق الله لقوله تعالى : ﴿ فإن لله خمسة ﴾ - قلنا : هذه إضافة الملك والاستحقاق أم إضافة التبرك والاحترام ؟ / ع م - وبيانه أنه لو كان إضافة الملك والاستحقاق لكان ينبغي أن تقسم الغنائم على ستة أسهم ، ولم تقسم - فكان المراد ما ذكرنا .

ولكن سلمنا أنه إضافة الاستحقاق ، ولكنه يقتضى أن يكون كل الخمس لله أو بعضه ؟ ع م - وهذا لأنه أضافه إلى نفسه وإلى الأصناف الخمسة ، فهذا يقتضى أن يكون سدس الخمس لله ، فلا يمنع ما وراءه أن يصرف إلى الغنى .

ثم ما ذكرتموه معارض بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ واعلموا أنما غنم من شيء فإن لله خمسة وللرسول ولذى القربى ﴾ (٣) - أثبت لذوى القربى مطلقا من غير فصل .

وأما السنة - [ف] قوله عليه السلام : « يا معشر بنى هاشم - الحديث » ذكرهم مطلقا (٤) .

(١) الأنفال : ١ - ﴿ يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول .. ﴾ .

(٢-٣) الأنفال : ٤١ - ﴿ واعلموا أنما غنم من شيء فإن لله خمسة وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل إن كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان والله على كل شيء قدير ﴾ وانظر : الكاسانى ، البدائع ، ٧ : ١٢٤ : س ٧ من أسفل .

(٤) فى بلوغ المرام ، رقم ٥٢١ ص ٩١ : « وعن عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الصدقة لا تبغى لآل محمد ، إنما هى أوساخ الناس » وفى رواية : « وإنما لا تحمل ل محمد ولا لآل محمد » رواه مسلم . وسبل السلام ، ٢ : رقم ٦٠٤ - ٦٠٦ ، ص ٦٣٧ - ٦٤١ . والسرقرندى ، التحفة ، ١ : ٤٦٨ - ٤٦٩ ، وابن قدامة :

وأما المعقول - وهو أن استحقاق الفقير الهاشمي كان لجهة قرابة النبي ﷺ (١) ، لأنها سبب الكرامة ، وإنه موجود ههنا هـ .

الجواب :

قوله : لم قلم بأن هذه الإضافة للاستحقاق - قلنا : لأن اللفظ موضوع له ، والمحل قابل .

قوله : الخمس يقسم على خمسة لا على ستة - قلنا : إنما يقسم على خمسة ، لأن السهم الذي هو حق الله في الابتداء يصير حقا لهؤلاء ، بعلة الفقر والحاجة .

قوله : هذا يقتضي أن يكون كل الخمس لله أو بعضه . قلنا : عنه جوابان : أحدهما - يقتضي كل الخمس لله ، إلا أنه يثبت لهؤلاء من الله . والثاني - إن كان يقتضي كون بعضه لله ، ولكن هذا يقتضي أن لا يجوز صرف بعض الخمس إلى الغني الهاشمي . وعندكم يجوز صرف كله إليه .

وأما الآية - قلنا : خص منه البعض ، فإن النبي ﷺ ما أعطى أبا بكر وعثمان وجبير بن مطعم (٢) وهم كانوا قرشيين .

فنحن نخص الأغنياء ، لما مر - وهو الجواب عن الحديث . على أن الحديث يقتضي أن الاستحقاق بعلة الفقر ، لأنه يقتضي أنه حق الله .

(١ - ٢) في بلوغ المرام ، رقم ٥٢٢ ص ٩١ : « وعن جبير بن مطعم رضى الله عنه قال : مشيت أنا وعثمان بن عفان إلى النبي ﷺ فقلنا : يا رسول الله : أعطيت بنى المطلب من خمس خبير وتركتنا ونحن وهم بمنزلة واحدة ، فقال رسول الله ﷺ : إنما بنو المطلب وبنو هاشم شيء واحد » رواه البخارى . وسبل السلام ، ٢ : رقم ٦٠٥ ص ٦٣٨ ص ٦٣٨ - ٩ وفيه : « واعلم أن بنى المطلب هم أولاد المطلب بن عبد مناف وجبير بن مطعم من أولاد نوفل بن عبد مناف وعثمان من أولاد عبد شمس بن عبد مناف - فبنو المطلب وبنو عبد شمس وبنو نوفل أولاد عم في درجة واحدة فلذا قال عثمان وجبير بن مطعم للنبي ﷺ : إنهم وبنو المطلب بمنزلة واحدة لأن الكل أبناء عم » .

وفيه أيضا : « الحديث دليل على أن بنى المطلب يشاركون بنى هاشم في سهم ذوى القرى ، وتحريم الزكاة أيضا دون من عداهم وإن كانوا في النسب سواء ... » .

وأما الاستدلال - قلنا : القرابة سبب لاستحقاق الكرامة .

أما لم / قلم بأنه سبب لاستحقاق هذه الكرامة - فلأنه (١) يحتمل أن السبب ١/٨٥ مجموع الفقر والقرابة ، فلا يكون أحدهما بانفراده سببا .

٩٦ - مسألة : الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب ، ملكوها .

والوجه فيه - أن الاستيلاء من الكفار على مال المسلم بعد الإحراز بدار الحرب ، استيلاء على مال مباح بإباحة ثابتة بأصل الخلق ، فوجب أن يفيد الملك ، قياسا على استيلاء المسلم على مال الكافر .

وإنما قلنا ذلك لأن الأصل في الأموال هو (٢) الإباحة ، إلا أن الشرع أثبت العصمة في الأموال المملوكة ، متمما للمصلحة المطلوبة من الملك ، وهو الانتفاع ودفع الحاجة ، والعصمة بعد الإحراز بدار الحرب لم تكن متممة لهذه المصلحة ، لتعذر الوصول إلى الغرض غالبا ، فتعود الإباحة الأصلية ، يفيد الملك للحاجة .

فإن قيل : قولكم بأن استيلاء الكافر استيلاء على مال مباح - قلنا : استيلاء مباح أو محظور ؟ ع م - فلم قلم بأن الاستيلاء المحظور سبب الملك ؟ .

ولئن سلمنا أنه استيلاء مباح ، ولكن لم قلم بأنه على مال مباح ، بل هو مال معصوم في دار الإسلام بالإجماع ، والاستيلاء ورد عليه ؟ .

قوله : تعذر (٣) الوصول إليه - قلنا : قولاً أم فعلاً ؟ ع م - فلم قلم بأن هذا القدر لا يكفي للعصمة ؟ .

(١) في الأصل : « ولأنه » .

(٢) « هو » وردت في الهامش مع علامة نقص على موضعها هذا .

(٣) في الأصل كذا : « تعد » وفيما بعد قال : « تعذر » .

ولكن سلمنا أنه عادت الإباحة ، ولكن لم قلتم بأنه يملكه الكافر ؟ .

قوله : بأنه محتاج إليه لمصالح البقاء - قلنا : الملك شرع لمصلحة البقاء في حق من هو جائز الإبقاء أم في حق من هو واجب الإقناء (١) ؟ م ع - ولكن الكافر واجب الإقناء (٢) فلا يثبت في حقه ، لأن الظاهر من حال الكافر أنه لا يجري على موجب التكليف ، فلا يقتضى الملك في حقه ، بخلاف المسلم ، إلا أنا عدلنا عن هذه القضية فيما سواه من أموالهم بالإجماع .

الجواب :

قوله : بأن هذا الاستيلاء مباح أو محظور ؟ قلنا : مباح في نفسه لكونه سببا لإقامة المصالح ، إلا أنه / محظور لغيره لما ذكرنا . وكونه محظورا لغيره لا يمنع كونه سببا للملك كالبيع وقت النداء .

٢/٨٥

قوله : لم قلتم بأن هذا استيلاء على مال مباح ؟ قلنا : لما ذكرنا أن الأصل في الأموال هو الإباحة .

قوله : تعذر الوصول إليها قولا أم فعلا [أم] قولا وفعلا - أما فعلا فظاهر . وأما قولا فلأن التصرفات القولية تحتاج إلى التسليم ، وهو لا يقدر عليه .

وأما الإعتاق - [ف] لأن غرضه هو الثواب ، وذلك بالمشقة والحاجة والقدرة على الانتفاع ولم يوجد .

قوله (٣) : الملك يثبت في حق من هو واجب الإقناء أو واجب البقاء - قلنا : مطلقاً لما ذكرنا .

(١ و ٢) كذا في الأصل ، « الإقناء » - وفي مختار الصحاح والمعجم الوسيط : قنا الغنم وغيرها إذا اقتناها لنفسه لا للتجارة واقتناء المال وغيره اتخاذه وأقناه الله أى أعطاه ما يقتنى من القنية والنشأ . ويقال : أغناه الله وأقناه أى أعطاه ما يسكن إليه . وفي القرآن الكريم : ﴿ وأنه هو أغنى وأقنى ﴾ - النجم : ٤٨ أى أغنى من شاء وأقفر من شاء - قال الأخفش وابن كيسان : أقنى أقفر . وقيل معنى أقنى أعطى القنية وهى ما يتأكل من الأموال وقيل معنى أقنى أرضى بما أعطى - راجع : الشوكاني ، فتح القدير ، ٥ : ١١٦ - ١١٧ . (٣) لعلها : « وقوله » .

قوله : الكافر واجب الإقناء - قلنا : لا نسلم ، بل الإمام مخير بين القتل والإرقاق ، وإن كان واجب الإقناء ، ولكن لغيره ، وهو دفع الشر لا لعينه ، فلا يبقى كونه أهلا للملك .

قوله : الظاهر من حال الكافر أنه لا يجري على موجب التكليف - قلنا : لا يثبت الملك لتحقق الجرى على موجب التكليف ، بل التمكن من ذلك ، وإنه ثابت ههنا كما في حق العاصي الفاسق .
٩٧ - مسألة : الحرى إذا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا ، فقتله مسلم أو ذمى ، لا يجب عليه الدية .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ (١) - الله تعالى ميز بين المؤمن المطلق وبين المؤمن الذى من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل ، لأنه أوجب في المؤمن المطلق الدية والكفارة جميعا ، وفي المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا الكفارة دون الدية ، فعلم أنه ميز بينهما في حكم القتل . وإنما يقع التمييز بينهما أن لو كان الواجب بقتل المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا الكفارة دون الدية .
فإن قيل : لا نسلم بأن المراد بالمؤمن الذى هو من قوم عدو لنا المذكور في الآية ما تنازعنا فيه .

ولكن سلمنا أن الآية تناولته ، ولكن لم قلتم بأن المقصود التمييز بينهما في حق هذا القتل ، / بل المقصود التمييز بينهما في حكم القتل العمد ، فإنه يوجب الكفارة دون الدية .

(١) راجع الهامش ٢ ص ١٩١ - النساء : ٩٢ وهى و ٩٣ : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما . ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ .

ولئن سلمنا أن المقصود التمييز ، ولكن في جميع الأحوال أم في بعضها ؟ ع م .
وعندنا تجب الكفارة دون الدية في حالة واحدة ، وهو ما إذا رمى (١) إلى الكافر في
حالة القتل فأصاب هذا المؤمن ولا كلام فيه .

ولئن سلمنا أن النص ينفي الدية ولكن يجوز إثباتها بالحديث ، وهو قوله عليه
السلام : « في النفس الدية مائة من الإبل » (٢) .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن المراد من النص هذا المؤمن ؟ - قلنا : نقل عن أئمة التفسير أنهم
قالوا : المراد منه هذا المؤمن .

قوله : لم قلتم بأن المقصود من الآية التمييز بينهما في حق هذا القتل - قلنا : المقصود
التمييز في القتل الواقع بصفة الخطأ ، لأن المذكور في صدر الآية هو القتل الخطأ ،
فيكون هذا منصرفاً إليه .

قوله : المراد التمييز في جميع الأحوال أم في بعضها ؟ قلنا : في مطلق الأحوال ، لأن
النص مطلق .

وأما الحديث - قلنا : سيق لبيان حكم الدية حيث تجب ، لا للإيجاب ، وإن كان
للإيجاب لكنه عام يتناول كل مؤمن ، وما ذكرنا خاص ، والخاص يقضى على العام .

٩٨ - مسألة : العبد الآبق إلى دار الحرب إذا أخذه الكفار لا يملكونه .

والوجه فيه - أنه لم يوجد الاستيلاء على العبد ، فلا يملك .

(١) رمى الشيء وبه رماية ألقاه وقذفه ورمى الصيد رَمْياً ورَمْية أطلق عليه ما يصيده به -
المعجم الوسيط .

(٢) من حديث طويل رقم ١٠٠٦ ص ١٨٢ - ١٨٣ من بلوغ المرام في القتل العمد .
وفي الخطأ رقم ١٠٠٧ ص ١٨٣ . وباب الديات عموماً فيه أرقام ١٠٠٦ - ١٠١٦ ص ١٨٢
- ١٨٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١١٠٢ حتى ١١١٣ ص ١٢٠٥ - ١٢٢١ .

وإنما قلنا ذلك - لأن العبد بالإباق صار بحالة يقدر على التصرف في نفسه وصرف منافعها إلى مصلحته ، لانتقطاع قدرة المولى عنه ، لأن الأصل أن يكون المكلف بسبيل من صرف المنافع في مصلحة نفسه ، إلا أنه امتنع لقيام يد المولى . فإذا زال المانع^(١) عاد إلى الأصل . وإذا صار العبد قادرا على نفسه لا تثبت القدرة للغير عليه ، كما في الحر .

فإن قيل : قولكم بأنه لم يوجد الاستيلاء - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه متى دخل دار/ الحرب . وأخذ الكفار صاروا غالبين عليه ، بحيث يمكنهم تنفيذ أمرهم ونهيم فيه . وبهذا القدر يثبت ملك المسلم فيه ، فيثبت ملك الكافر .
ولئن سلمنا أنه لم يوجد الاستيلاء - لكن لم قلتم بأنه لا يملك ؟
قوله : بأن العبد بالإباق صار قادرا على نفسه - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأنه زال المانع ، وهو قيام يد المولى - قلنا : لا نسلم بأن المانع قيام يد المولى ، بل المانع قيام حق المولى في الملك لا يده ، بدليل أن العبد الآبق المتردد^(٢) في دار الإسلام يملك بالاستيلاء ، ولئن زالت يد المولى ، فكذلك يتحقق الغصب فيه ، فعلم أن المانع قيام ملك المولى .

ولئن سلمنا أنه زالت يد المولى ، ولكن إلى خلف ، وهو يد أهل الحرب ، فلا يظهر يد للعبد الآبق على نفسه ، فلا يمنع الاستيلاء والتملك .

ولئن سلمنا أنه ظهرت يد العبد على نفسه ، ولكن نيابة عن^(٣) المولى لا أصالة ، فلم تكن مانعة يد المولى كالمودع .

(١) في الأصل : « المنافع » . وسيأتي في الجواب : « المانع وهو قيام يد المولى ... » .

(٢) تردد رجع مرة بعد أخرى وتردد إلى مجالس العلم اختلف إليها - المعجم الوسيط .

(٣) في الأصل « على » . وفي المعجم الوسيط : ناب عنه نيابة قام مقامه فهو نائب .

وسيأتي في الجواب : « .. ظهرت نيابة عن يد المولى » .

الجواب :

قوله : لم قلتُ بأنه لم يوجد الاستيلاء ؟ قلنا : لما ذكرنا أن العبد صار قادرا على نفسه كالحر ، فلا يستولى عليه ، واستيلاؤهم لم يكن عن إذن الشارع ، فلا يعتبر ، بخلاف المسلم إذا استولى على عبيدهم .

قوله : بأن المانع ليس يد المولى بل المانع ملك المولى - قلنا : هذا باطل ، لأن ملك المولى لا يثبت إلا بالاستيلاء عليه - على ما مر . واستيلاء المولى عليه لا يتحقق إلا بعد سقوط اعتبار يد العبد ، بخلاف المتردد (١) في دار الإسلام ، فإنه في يد مولاه ، لأن اليد عبارة عن الاقتدار على المحل ، تصرفا ، وإنه قائم بواسطة الطلب والاستعانة بأهل الدار ، وإنما يتحقق الغصب في دار الإسلام لأن الشرع أقام تفويت حقيقة اليد والانتفاع في الحال مقام تفويت اليد مطلقا في حق الضمان صيانة للأموال وزجرا للسفهاء عنه .

قوله : زالت يد المولى إلى خلف ، وهو قيام يد الكفار - قلنا عنه جوابان : / .
أحدهما - أن بين دار الإسلام ودار الحرب فاصل ، لأن بينهما موضعا لا يجري فيه حكم دار الإسلام ولا دار الحرب ، فظهر فيه يد العبد على نفسه .
والثاني - أن العبد إذا انفصل عن دار الإسلام ظهرت يده على نفسه أو يد غيره ، ويده أولى من يد غيره ، لأنه بقاء وذاك ابتداء .

قوله : يد العبد على نفسه ظهرت نيابة عن يد المولى - قلنا : لا ، بل أصالة ، لأنه غالب والظاهر أنه لا يعود ، بخلاف المأذون والمودع - على ما مر .
٩٩ - مسألة : الغازي إذا جاوز الدرب (٢) فارساً ، فنفتت فرسه وقاتل راجلا ، يستحق سهم الفرسان . ولو كان على العكس فعلى العكس .

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٢٤٣ .

(٢) الدرب المضيق في الجبال والمدخل الضيق وكل مدخل إلى بلاد الروم وكل طريق يؤدي إلى ظاهر البلد وباب السكة الواسع - وأدرب في الغزو جاوز الدرب إلى العدو - المعجم الوسيط .

والوجه فيه - أن سبب استحقاق الغنائم وجد ، وهو فارس ، فيستحق سهم الفرسان ، قياسا على ما إذا قاتل فارسا .

وإنما قلنا ذلك - لأن سبب الاستحقاق مجاوزة الدرب ، لأن السبب في الحقيقة هو القتال والاستيلاء ، إلا أن الإمام لا يمكنه الوقوف على حقيقة القتال في تلك الحالة ، فلا يمكن تعليق الحكم بالحقيقة ، فتعلق بالسبب ، ومجاوزة الدرب سبب ظاهر دال على القتال ، لأن الكلام فيما إذا جاوز متبعا للقتال .
فإن قيل بأن الإمام لا يمكنه الوقوف على حقيقة القتال - قلنا : لا نسلم ، بل يقف عليه بإخبار الغير .

دل عليه - أنه لو جاوز الدرب راجلا ، ثم اشترى فرسا ، وقاتل فارسا يستحق سهم الفرسان بالإجماع ، فلو تعلق الحكم بالسبب وهو مجاوزة الدرب ، لاستحق^(١) سهم الرجالة .

ولئن سلمنا أنه تعذر تعليق الحكم بالحقيقة ، فلم قلتم بأن مجاوزة الدرب سبب ظاهر ، بل محتمل ، لأنه يجاوز الدرب للحرب ويجاوز [هـ] للتجارة ، وإن كان مستصحباً للأسلحة لخوف اللصوص .

ولئن سلمنا أنه سبب ظاهر^(٢) ، ولكن إنما يقام مقامه إذا كان متصورا ، ولا يتصور ، لأن وجود القتال بدون / شهود الواقعة^(٣) والتقاء الصفين محال ، فلا تقام المجاورة مقامه .

ولئن سلمنا أنه أمكن تعليق الحكم به ، ولكن إنما تعلق به إذا لم يكن ههنا سبب آخر ، وقد وجد سبب آخر أقرب ، وهو شهود الواقعة فكان أولى ، وصار كما إذا جاوز

(١) كذا - في الظاهر - صحة العبارة . وقد تكون في الأصل : « لا يستحق » .

(٢) في الأصل : « طاهر » .

(٣) وَقَعَ بالعدو وَقَعًا ووقعةً بالغ في قتالهم - ومواقع القتال مواضعه. والواقعة اسم من الواقعة بالحرب - المعجم الوسيط .

الدرب فارسا ثم باع فرسه وشهد الوقعة راجلا : يستحق سهم الرجالة - كذا هذا .
الجواب :

قولكم : قلتم بأن الإمام لا يمكنه الوقوف - قلنا : لأنه لو وقف عليه إما أن يقف بنفسه أو بنائيه . لا وجه للأول - لأنه مشغول بأمر المبارزة والمحاربة . ولا وجه للثاني - لأن المخبر قد يتهم في إخباره .

وأما المسألة - قلنا : في ظاهر الرواية ، يستحق سهم الرجالة .

ولئن سلمنا ذلك فلائنه إنما يستحق سهم الفرسان إذا علم حقيقة أنه قاتل فارسا .

قوله : لم قلتم بأن مجاوزة الدرب سبب ظاهر - قلنا : لأن الكلام فيما إذا وجد [ت] القرائن الدالة على القصد ، فيوجد القتال ظاهرا وغالبا .

قوله : إنما يقام مقامه إذا كان متصورا ولا يوجد القتال بدون شهود الوقعة - قلنا : نعم : وشرط إقامة السبب مقام الحكم عدم ثبوته حقيقة - على ما عرف .

قوله : بأن ههنا سبب آخر أقرب من المجاوزة ، وهو شهود الوقعة - قلنا : عنه جوابان .

أحدهما - أنه لا يمكن أيضا تعليق الحكم به ، لأنه حال التقاء الصفيين والاشتغال بالحرب (١) .

والثاني - أنه لا تنافى بينهما ، فتعلق الحكم بهما جميعا ، لأن كل واحد منهما دليل .

وأما المسألة - فممنوعة . ولئن سلمنا ، فلائنه لما باع الفرس ، علم أنه جاوز الدرب تاجرا هـ .

(١) « بالحرب » كلمة غير ظاهرة في المتن فهي مكذبة « كرب » .

١٠٠ - مسألة : المرتدة لا يباح قتلها .

والوجه فيه - أن كفر المرتدة لا يساوى كفر المرتد ، في كونه جنائية وقبيحا ، فلا يساويه في استحقاق القتل ، قياسا على الكافرة الأصلية .

وإنما قلنا ذلك - لأن كفر المرتد جنائية من حيث إنه إنكار الصانع وإحباط العمل ، ومن حيث إنه يؤدي الشر إلى (١) المسلمين ، ويوجه / الحرب نحوهم لقيام الداعي والقدرة ، ولا كذلك المرتدة لانتفاء القدرة غالبا ، فلا يفضى كفرها إلى الحراب (٢) ، فلا يباح قتلها .

فإن قيل : قولكم بأن كفر المرتد يفضى إلى الحراب وكفرها لا يفضى - قلنا : الموجب لقبح الكفر ذاته ، لمعنى فيه - وكونه مفضيا إلى الحراب يتعلق بإختيار الفاعل ، فلا يوجب القبح في ذاته ، وفيما ذكرناه يستوى الرجل والمرأة .

ولئن سلمنا أن الحراب يؤثر في قبحه ، ولكن [هل] الشرط كونه مفضيا إلى الحراب من جهته لا محالة أم في الجملة بأن توجه الشر (٣) بواسطة إقامة مصالح الرجال ؟ ع م - ولكنها تهى أسباب قتالهم ، فتقتل ، كالحرية إذا كانت ذات رأى أو جاه .

ولئن سلمنا أن الشرط كونه مفضيا إلى الحراب منه ، ولكن غالبا أم محتملا ؟ ع م - وهذا لأن احتمال الحرب منها قائم للآلات السليمة وإن كان قليل الوقوع ، ولكنه يكفى لجوب القتل ، كما قلنا في الأسير .

ولئن سلمنا أن كفرها لا يساوى كفره ، ولكن لم لا يحل قتلها ؟ وبطلانه ظاهر ، لأن القبح هو نفس الكفر ، وفيه يستوى الرجل والمرأة ، ولأنها ارتدت بعد ما اطلعت

(١) في الأصل كذا : « يؤدي إلى الشر إلى المسلمين » . وفي المعجم الوسيط : أدى الشيء قام به وأدى الصلاة قام بها لوقتها وأدى الشهادة أدل بها وأدى إليه الشيء أوصله إليه .

(٢) حاربه محاربة وجرايا : قاتله - المعجم الوسيط .

(٣) كذا : « الشر » - راجع الهامش قبل السابق .

على محاسن الإسلام ، فيكون كفرها أقبح من كفر الحربية ، ولكن كفرها سبب لكفر أولادها ، فصار أقبح .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « من بدل دينه فاقتلوه » (١) .

الجواب :

قوله : الموجب لقبح الكفر ذاته ، لا كونه مفضيا إلى الحراب - قلنا : بلى ، ولكن كونه بحال إذا وجد يوجد هذا الحراب ، ظاهرا وغالبا ، يؤثر في زيادة القبح .

قوله : المؤثر [كونه] مفضيا في الحال أم في الجملة ؟ - قلنا : كفر المرأة لا يفضي إلى الحراب ظاهرا ، لا من جهتها ولا من جهة غيرها : أما من جهتها فلضعفها . وأما من جهة غيرها فلأن الظاهر أن الرجال لا يتبعون النساء في الحروب ولا يطيعونهن ، حتى لو كانت ذات جاه وتبع (٢) تقتل .

٢/٨٨ قوله : الشرط كونه مفضيا غالبا أم محتملا ؟ - قلنا : غالبا / نظرا إلى دليله ، وهو الكفر وقصد اللحق والبنية (٣) الصالحة . وقد وجد [ت] ، هذه الأوصاف في الأسير دون المرأة .

قوله : لا يحل قتلها ، وإن لم يكن مفضيا - قلنا : لأن الدليل يقتضي حرمة القتل ، إلا (٤) لما ذكرنا .

وأما قوله : اطلعت على محاسن الإسلام - قلنا : إنما تطلع إذا خالطت الرجال ، والظاهر أنها لا تخالط الرجال .

(١) عن ابن عباس - بلوغ المرام ، رقم ١٠٢٩ ، ص ١٨٧ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١١٢٦ ص ١٢٤٠ - ١٢٤١ .

(٢) التبع التابع . وهو يتبع نساء إذا أكثر من تتبعهن والجمع أتباع . والتبع التابع للواحد والجمع . والجمع أتباع - المعجم الوسيط .

(٣) كلمة غير منقوطة . ولعلها كذلك بعد نقطتها من عندنا .

(٤) « إلا » غير ظاهرة .

وأما كفر أولادها - قلنا : هذا مجرد وهم ، وليس كل قبح مؤثراً في استحقاق القتل ، بل ما اعتبره الشرع موجبا .

وأما الحديث - قلنا : لا يمكن العمل بعمومه ، لأن اليهودى إذا تنصر والنصرانى إذا تهود ، لا يقتل مع تبديل الدين ، فنحمله على الرجال ، عملاً بقدر الإمكان .
والله أعلم .

١٠١ - مسألة : الجزية تسقط بالموت والإسلام .

والوجه فيه - أن الجزية مال اختص وجوبه بوصف كونه دافعاً للشر عن الذمى ، وبعد الموت والإسلام لا يمكن استيفائه بهذا الوصف ، فوجب أن يسقط .

وإنما قلنا ذلك - لأن الجزية تصلح دافعة للشر عن الذمى ، والذى يحتاج إلى دفع الشر عن نفسه ، والشرع قد ورد به . هذا المعنى متف بعد الموت والإسلام ، فتسقط ، لأن الدليل ينفى ذلك ، لكونه إضراراً ، إلا أنا خالفناه فيما كان دافعاً للشر عنه .

فإن قيل : قولكم بأنه وجب دافعاً للشر - قلنا : لا نسلم بأنه توجه الشر نحوهم .

ولئن سلمنا أنه توجه الشر نحوهم ، ولكن المسلمين يدفعونه ، فيندفع عنهم .
ولئن سلمنا أن المسلمين لا يدفعونه ، ولكنهم يقدرّون على دفعه بأنفسهم بواسطة القتال ، دون بذل المال أو بالاستعانة .

والدليل على أن الجزية لم تجب لما ذكرتم - أن الجزية تختلف باليسار والإعسار مع [أن] حاجة الكل إلى دفع الشر واحدة ، ولأن الإمام إذا استعان بأهل الذمة سنة في القتال لا يسقط / عنهم الجزية ، ولو وجبت لما ذكرتم لسقطت ، فعلم أنها لم تجب لما ذكرتم ، بل بعقد الذمة أو بدلا عن سكنى دار الإسلام ، فتصير ديناً في الذمة ، فلا تسقط ، كسائر الديون .

ولئن وجبت لما ذكرتم ، ولكن حصل غرضهم فيما مضى ، فتجب في ذمتهم .

ولئن سلمنا أنها سقطت ، ولكن لم قلتم بأنه لا يجب الضمان ، وظاهر أنه يجب ، لأنه منع الحق في أول السنة ، فصار كما إذا أتلّف الجزية .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنه توجه الشر نحوهم ؟ - قلنا : لأن الأمانة قامت عليه ، وهي وجود الداعي والقدرة ، بسبب معاداة الدين .

قوله : المسلمون يدفعونه - قلنا : الظاهر أن أهل الإسلام لا يذبون^(١) عنهم بدون الإعانة .

قوله : بأنه يدفعون عن أنفسهم - قلنا : لا يمكنهم لقلة عددهم وعدتهم^(٢) ، وعجزهم إنما يختلف باليسار والإعسار ، لاختلاف المكنة^(٣) .

وأما قوله بأن الإمام لو استعان بهم لا تسقط الجزية - قلنا : ليس للإمام ذلك ، ولو فعل لا يمتنع عليه حكم ، لأنه بخلاف الشرع ، ولم يجب بالسكنى ، لأن [هـ] يسكن ملك نفسه بالشراء ، فلا يجب عليه بدله .

قوله : حصل غرضهم فيما مضى - قلنا : الوجه في أخذ الجزية ليس أنه وجب عوضا عن الدفع الحاصل من المسلمين ، بل وجب لينفقها المسلمون على أنفسهم ويشترون بها الدواب والأسلحة ويقاتلون بها الكفار الحريين ، فيدفعون الشر عن أهل الذمة ، وهذا لا يتصور في الماضي .

قوله : لم لا يجب الضمان - قلنا : لأن الضمان إنما يجب بعد وجوب الأصل ، وقد بينا أنه لم يجب ، فلا يجب الضمان .

(١) ذب عنه : دفع عنه ومنع - المعجم الوسيط .

(٢) في الأصل كذا : « وعددهم » .

(٣) المكنة : القدرة والاستطاعة والقوة والشدة - المعجم الوسيط .

١٠٢ — مسألة : أمان العبد المحجور عن القتال لا يصح ، خلافا له .

والوجه فيه - أن أمان^(١) العبد تصرف في ملك المولى ، على وجه لا يعرى عن الضرر به ، فوجب أن لا يصح إلا برضاه ، قياسا / على ما إذا تصرف في ماله بغير إذنه .

وإنما قلنا ذلك - لأن المولى قبل القتال كان متمكنا من الانتفاع بعبده ، باستعماله في القتال ، ليحصل له ملك الغنائم ودفع شر الكفار ، وبصحة الأمان يحرم عليه القتال والاستغنام .

فإن قيل : قولكم بأن أمان العبد تصرف في ملك المولى على وجه لا يعرى عن الضرر به - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن فيه منع المولى عن الانتفاع بملكه - قلنا : لا نسلم . وبطلانه ظاهر ، لأنه إنما يكون ممنوعا عن الانتفاع به ، أن لو كان بحال يتمكن من الانتفاع لولا الأمان ، ولا يتمكن ، لأن الكلام في حال ظهور قوة الكفر وعجز المسلمين وضعفهم .

ولئن سلمنا أن المنع من الانتفاع بإضرار بالمولى ، ولكن متى لا يجوز : إذا قابله نفع يوازيه أم إذا لم يقابله ؟ ع م ، وقد قابله نفع ، وهو دفع شر الكفار عن المولى .

ولئن سلمنا أنه ضرر ، ولكن حصل ضمنا لا قصدا ، فلا يجب دفعه .

ولئن سلمنا أنه تصرف في ملك المولى ، ولكن إذا ظهر أنه مصلحة وجب أن يصح ، كالعبد المحجور إذا قاتل بصح قتاله ، حتى يستحق الغنيمة بالإجماع .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « المؤمنون تنكأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ، وهم يد على من سواهم »^(٢) .

(١) في الأصل كذا : « أما » بدون النون - انظر العبارة السابقة واللاحقة .

(٢) راجع : بلوغ المرام ، رقم ٩٩٥ ، ص ١٨٠ . وسبل السلام ، رقم ١٠٩٠ ص ١١٨٨ - ١١٩٠ ، من الجزء الثالث .

الجواب :

قوله : إنما يكون منعا من الانتفاع إذا كان المولى قادرا على الانتفاع - قلنا :
الجواب (١) عنه من وجهين .

أحدهما - أن القدرة كانت ثابتة ، فلا تزول بالشك والاحتمال .

والثاني - أن القدرة في ثاني الحال قائم [ة] ، فكان الأمان سد باب الانتفاع
بملكه ، على تقدير القدرة ، وإنه ضرر .

قوله : قابله نفع وهو دفع شر الكفار عن المولى - قلنا : عنه جوابان : أحدهما -
أنه محتمل واجتهاد العبد مغلوب باجتهاد غيره . والثاني - إن كان فيه مصلحة ، ولكن
يمكن تحصيله بدون هذا الضرر ، بأن يقدم المولى عليه .

١/٩٠ قوله : حصل قصدا أم ضمنا ؟ - قلنا : حصل قصدا لأنه أثر / أثر ملازم للأمان .

قوله : إذا ظهر أنه مصلحة وجب أن يصح - قلنا : لما حكمنا بطلانه ، لا يترتب
عليه الحكم ، بخلاف القتال ، لأن فيه نفعا ، فيحكم بصحته ، تحصيلًا للنفع .

وأما الحديث - قلنا : المراد من قوله : « أدناهم » أى أقربهم ، من الدنو ، لا من
الدناءة ، لأنه قال في مقابلته أقصاهم أى أبعدهم (٢) .

والله أعلم .

(١) في الأصل كذا : « الا اب » - انظر ما يلي بعد سطور حيث يقول : « .. عنه
جوابان » .

(٢) في الحديث - كما تقدم - « وهم يد على من سواهم » : « أى هم مجتمعون على
أعدائهم لا يحل لهم التخاذل بل يعين بعضهم بعضا على جميع من عاداهم من أهل الملل كأنه جعل
أيديهم يدا واحدة وفعلهم فعلا واحدا » سبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩٠ ص ١١٩٠ .

١٠٣ - مسألة : إسلام الصبي العاقل يصح .

والمراد بالصحة ترتيب أحكام الإسلام عليه ، نحو الإرث من أقاربه المسلمين والحرمان من أقاربه المشركين وحرمة النكاح وحله وعصمة الأموال وغيرها .
والوجه فيه - أن الإسلام وجد منه حقيقة ، فيجب القضاء بترتيب أحكامه عليه ، قياسا على إسلام البالغ .

وإنما قلنا ذلك - لأن الإسلام هو الإقرار بوحدانية الله تعالى وصفاته ورسالاته والاعتقاد بالقلب . إلا أن الاعتقاد أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه إلا بدليل ، وقد وجد الدليل ، وهو الإقرار باللسان عن عاقل طائع ، لأن الكلام فيه .

فإن قيل : قولكم بأن الإسلام هو الإقرار - قلنا : نعم ، ولكن بصفة كونه استسلاما وانقيادا للشرع ، لأن الإسلام في اللغة بمعنى الاستسلام ، ولأنه ليس بأهل للوجوب ، فلا يكون الإقرار واجبا عليه ، فلا يكون إسلاما .

ولئن سلمنا أن الإسلام هو الإقرار ، ولكن لم قلتم بأنه وجد منه ؟ وهذا لأن الصبي ليس بأهل لسائر الأقاير وللالتزام ، فلا يكون أهلا لهذا .

ولئن سلمنا أنه وجد منه الإقرار ، ولكن لم قلتم بأنه وجد الاعتقاد ؟ .

قوله : وجد دليله ، وهو الإقرار الصادر عن عقل - قلنا : لا نسلم وجود العقل من الصبي . والدليل على عدم العقل عدم التكليف ، إلا أنه يسمى عاقلا مجازا .

ولئن سلمنا أنه عاقل ، ولكن عقله كامل أم ناقص ؟ ع م - وهذا لأن عقل الصبي أنقص من عقل البالغ ، فلا يكفي لصحة الإسلام ، لأن / الإسلام من أدق العلوم . ٢/٩٠ .

الجواب :

قوله : الإسلام هو الاستسلام والانقياد - قلنا : نعم ، وقد وجد منه الإسلام بهذا المعنى .

قوله : بأنه ليس بواجب - قلنا : عنه جوابان : أحدهما - أنه واجب عليه ، إلا أنه لا يَأْتُم بالترك لضعفه ، نظرا له . والثاني - أن الوجوب ^(١) إن لم يكن ثابتا ، ولكنه مأمور بالإتيان بطريق الندب والاستحباب ، وهذا القدر يكفي لصحة ^(٢) الإسلام .

قوله : لم قلت بأنه وجد منه الإقرار ؟ قلنا : لأن الكلام فيما إذا أتى بصيغة الإقرار ، إلا أنه لا يلزمه الأحكام الضارة نظرا له في سائر الأقاير ، أما ههنا بخلافه .

قوله : لم قلت بأنه وجد العقل من الصبي - قلنا : لأنه وجد الدليل ، وهو الأفعال المضبوطة والأقوال الموافقة ، لأن الكلام فيه .

قوله : بأن عقله ناقص - قلنا : وإن كان ناقصا بالنسبة ، ولكنه يكفي لصحة الإسلام ، بدليل إسلام النساء مع قصور عقلهن ، فإن يصح بالإجماع هـ .

(١) في الأصل الظاهر أنها كانت « الواجب » ثم جعلت « الوجوب » مع عدم حذف الألف بين الواو والجيم وعلى كل فالمعنى لا يختلف .

(٢) في الأصل كذا : « لصلحه » انظر ما يلي بعد سطور .

[١١]

كتاب الغصب

١٠٤ - [مسألة] : زوائد الغصب أمانة : متصلة كانت كالسمن والجمال ، أو منفصلة كاللبن والولد .

والوجه فيه - أن وجوب الضمان موقوف على الالتزام أو الاستهلاك ، ولم يوجد ، فلا يجب الضمان ، قياسا على الوديعة .

وإنما قلنا ذلك - لأن الدليل ينفي إيجاب الضمان لكونه إضرارا ، إلا أننا توافقنا على شرعه فيما إذا وجد الالتزام أو الاستهلاك ، وفيما عداه ينتفى بالنافي .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد الالتزام ، لأنه نص على أنه لم يلتزم . وأما الاستهلاك ، فلأن الاستهلاك إعجاز المالك عن الانتفاع به ، ولم يوجد ، لأن الإعجاز يقتضى سابقة القدرة على الانتفاع ، والولد لم يكن مقدور الانتفاع في حقه ، فلا يتصور الإعجاز ، فصح ما قلنا .

فإن قيل : قولكم بأن وجوب الضمان موقوف على الالتزام والاستهلاك - قلنا : لا نسلم . بل وجوب الضمان موقوف على الغصب ، وقد وجد ، لأن الغصب إثبات اليد العادية / على مال الغير ، وإنه موجود ، فيجب الضمان .

ولئن سلمنا أن وجوب الضمان موقوف على الالتزام ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد ؟ وهذا لأن الضمان كما يجب بصريح الالتزام ، يجب بدليله ، وقد وجد ، لأنه باشر سبب الالتزام ، وهو غصب الأصل .

ولئن سلمنا أنه لم [يوجد] الالتزام ، ولكن لم قلتم إنه لم يوجد الاستهلاك ؟ .

قوله : الاستهلاك إعجاز المالك - قلنا : لا نسلم ، بل هو المنع من حدوث القدرة في المستقبل من الزمان ، وإنه موجود ههنا .

والدليل على صحته^(١) ما قلنا : إن سبب وجوب الضمان في سائر صور الغصب ، على اختلاف أسبابها ، هو منع حدوث إمكان المالك من الانتفاع بالحل في المستقبل ، بدليل أن غاصب الغاصب ومودع الغاصب ضامن ، وإن لم يوجد الإعجاز^(٢) .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد الالتزام ولا الاستهلاك ، ولكن لا يجب ضمان الولد بطريق الأصلة أم بطريق التبعية ؟ م ع - وهذا لأن الولد مضمون تبعاً للأم ، وإن لم يوجد فيه سبب الضمان ، لأن المضمونية صفة للأم ، والولد يتبع الأم في الأوصاف الشرعية ، وصار كما إذا أخرج ظبية من الحرم ، فولدت في يده أولادا ، يجب عليه ضمان الأولاد .

الجواب :

قوله : بأن الغصب إثبات اليد العادية على مال الغير - قلنا : الغصب ليس مجرد إثبات اليد ، بل هو إثبات اليد على وجه يزيل يد المالك ، ولم يوجد ههنا ، لأن يد المالك لم تكن قائمة على الولد .

قوله : لم قلم بأنه لم يوجد الالتزام ؟ - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : باشر سبب الضمان - قلنا : لا نسلم - بيانه : أن مطلق الغصب ليس بسبب لوجوب الضمان ، بل وجوب الضمان موقوف على إزالة اليد ، على ما مر .

قوله : لم قلم بأنه لم يوجد الاستهلاك - قلنا : لأنه لم يوجد الإعجاز .

قوله : السبب هو المنع من حدوث القدرة - قلنا : المقتضى لوجوب الضمان هو المنع من حدوث القدرة في المستقبل من الزمان ، إذا كانت القدرة في المستقبل غالبية الوجود ، لولا فعله ، وإنما يكون كذلك إذا / كان ثابتا في الحال ، لأن الأصل في الثابت دوامه وفي المعدوم عدمه - دل عليه أن من قطع شجرة إنسان لا يجب عليه ضمان الثمرات ، لما ذكرنا - كذا هذا .

٢/٩١

(١) في الأصل قد تكون : « صحته » أو « صحة » .

(٢) لعل المقصود : وإن لم يوجد الإعجاز - أو : لم يوجد الإعجاز منه ، أى من أيهما - انظر : الجواب في ذلك .

أما غاصب الغاصب ومودع الغاصب - قلنا : وجد ثمة تفويت إمكان المالك ، لأن المالك كان بسبيل من الأخذ من الغاصب الأول ، فالغاصب الثاني فوت عليه هذا الإمكان ، فألحقناه بتفويت اليد في حق وجوب الضمان - أما ههنا بخلافه .

قوله : لا يجب الضمان بطريق الأصالة أم بطريق التبعية ؟ - قلنا : هذه معارضة .

قوله : المضمونية صفة شرعية في الأم ، فيسرى إلى الولد - قلنا : لا نسلم . بيانه - أن المضمونية صفة في الذمة لا في المحل ، وإنما نقول للعين : هي مضمونة ، لأنه وجد بإهلاكها سبب الضمان ، وإهلاك صفة حقيقية ، والولد لا يتبع الأم في الأوصاف الحقيقية ، بخلاف ظبية الحرم ، لأن أمنها في الحرم صفة شرعية ، فجاز أن تسرى إلى الولد .

١٠٥ - مسألة : الزوائد المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم .

وصورة المسألة - إذا غصب جارية قيمتها ألف درهم ، فازدادت في يده سمناً أو جمالاً حتى صارت قيمتها ألفي درهم ، فباعها ، وسلمها إلى المشتري ، فإن أراد المالك تضمين المشتري ، له أن يضمه ألفي درهم بالإجماع . وإن أراد تضمين الغاصب ، له أن يضمه ألف درهم عنده ، وعندهما ألفي درهم . والتعليل والأسئلة والأجوبة ما مر في المسألة المتقدمة .

١٠٦ - مسألة : الدور والعقار لا تضمن بالغصب .

والوجه فيه - أنه لم يوجد منه الاستهلاك^(١) لأن الاستهلاك إنما يكون بإخراج العين من أن يكون منتفعاً به ، وذلك بتفويت وصف عن المحل لأجله كان منتفعاً به في حق المالك ، ولم يوجد ، لأن المحل إنما كان منتفعاً به لكونه بقرب من المالك ، مهيباً بهيئة مخصوصة ، ولم يوجد التباعد ولا التغيير ، فلا يتحقق الاستهلاك ، / فلا يجب الضمان ، لأنه ضرر .

(١) هذه الكلمة كتبت هنا وفيما بعد كأنها « استهلاك » أي أخرها لام لا كاف .
(طريقة الخلاف في الفقه - م ١٧)

فإن قيل : قولكم بأنه لم يوجد منه الاستهلاك - قلنا : لا نسلم .

قوله : الاستهلاك إنما يكون بتفويت وصف في المحل - قلنا : الاستهلاك الحقيقي أم الاستهلاك المعنوي ؟ م ع - بيانه : أن المولى عليه في وجوب الضمان الاستهلاك المعنوي ، وهو إعجاز المالك عن الانتفاع بالمحل ، لأنه ضرر ، بدليل أن من أودع عند إنسان عقارا فجحد الوديعة - يضمن ، وإن لم يوجد ، تفوت^(١) وصف في المحل ، ولا فعل فيه . ولكن لما وجد تباعد المالك وجب الضمان - كذلك ههنا .

ولئن سلمنا أن الإعجاز بتفويت وصف عن المحل ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد ههنا ؟ .

قوله : لأن المحل إنما كان منتفعا به لكونه بقرب المالك مهيئا^(٢) - قلنا : لا نسلم ، بل إن ما كان منتفعا به ، لأن المالك كان متمكنا من الانتفاع به لكونه في يد الغاصب : منع يده وفوت عليه إمكان الانتفاع وشغله بأن منعه نفسه ، فلا يمكن الانتفاع ، ولأنه بعد المالك عن الدار ، فيكون سببا للضمان .
الجواب :

قوله : لم يوجد الاستهلاك^(٣) الحقيقي أم المعنوي - قلنا : كلاهما : أما الحقيقي فظاهر . وأما المعنوي - فذلك^(٤) لأنه إنما يكون بالعجز عن الانتفاع ، وإمكان الانتفاع للمالك ثابت في الجملة بأن يرفع الأمر إلى السلطان فيستعديه فيعديه^(٥) .

^(١) (١) تَفَوَّتَ الشَّيْءُ اخْتَلَفَ واضطرب وتَفَوَّتَ عَلَيْهِ في ماله استبد بالتصرف فيه . وفات الأمر قَوْتًا وفواتًا مضى وقته ولم يفعل وأفاته الأمر جعله يفوته وقوته أفاته - المعجم الوسيط . وفي الأصل كذا : « فوت » .

(٢) كذا يبدو في الأصل .

(٣) في الأصل كذا : « الاستهلاك » راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٢٥٧ .

(٤) في الأصل : « وذلك » وتقدم قوله : « أما الحقيقي فظاهر » بالفاء لا بالواو . فالواو خطأ من الناسخ بدلا من الفاء .

(٥) استعداه استعانته واستنصره - يقال : استعديت الأمير على فلان - المعجم الوسيط .
أى فيستنصره فينصره .

وأما المسألة - فممنوعة .

قوله : المحل إنما كان منتفعا به لكونه في يد المالك ، وقد أثبت الغاصب يده وأشغله بتناعه - قلنا : هذا مما يمكن إزالته إما بنفسه أو بإثابة من هو أقوى منه ، أو بالمرافعة إلى السلطان . فلم يكن تفويتا للإمكان من كل وجه ، فلا يجب الضمان ، لأن أخذ الضمان تفويت للإمكان من كل وجه ، فلا يجب إلا بتفويت مثله ، تحقيقا للمعادلة .

١٠٧ - مسألة : المنافع لا تضمن بالغصب .

وصورته - غصب عبدا خبازا مثلا ، وأمسكه شهرا ، ثم رده إلى المالك - لا يجب عليه ضمان منافع الشهر .

٢/٩٢ والوجه فيه - / أن المنافع الحادثة في يد الغاصب ، ملكه ، فلا يضمن ، قياسا على إتلاف منافع ملك غيره .

وإنما قلنا ذلك - لأنه اكتسب المنافع ، لأنه باشر السبب ، وهو إمساك العين ، و [ب] مباشرة السبب كسب المنافع ، كنصب الشبكة للصيد .

فإن قيل : التعليل ينتقض بما إذا غصب جارية فولدت في يده أو شجرة فأثمرت في يده ، فإنه يضمن الولد والشجر ، مع ما ذكرتم .

ثم نقول : لا نسلم بأن المنافع ملكه .

قوله : باشر سببه - قلنا : مباشرة السبب على هذا التفسير يكون [م] ملكا في المباحات ، لا في المملوكات ، بدليل أنه لو نصب شبكة ، فتعقل (١) بها صيد مملوك لأحد ، لا يملكه ، والمنافع مملوكة للمالك ، لأنها تبع ملكه ، فكانت مملوكة له ، كالشجر والولد .

(١) تَعَقَّلَهُ عن حاجته حبسه ومنعه - المعجم الوسيط .

ولئن سلمنا أن الكسب سبب للملك ، ولكن كسب مباح أم محظور ؟ م ع - وهذا لأن الغصب محظور بالإجماع ، والمحظور لا يجوز أن يكون سببا للملك ، لأنه يؤدي إلى فتح باب الظلم والعدوان .

ولئن سلمنا أنها حدثت على ملك الغاصب ، ولكن كانت بحالة لولا الغصب لحدثت على ملك المالك ، فكان هذا كحدثها على ملكه ، فكان ضررا ، فيجب الضمان .

الجواب :

أما إذا غصب جارية فولدت أو شجرة فأثمرت - إنما لا يملكه لوجهين : أحدهما - أن ذلك ليس بسبب لحصول الولد والثمرة ، لأنه لا يلزم حصولها . والثاني - أنهما من أجزاء (١) الجارية والشجرة ، فكانت مملوكة للمالك قبل الغصب - أما ههنا بخلافه . قوله : السبب على هذا التفسير يكون في المباحات لا في المملوكات - قلنا : لا نسلم .

ولئن سلمنا ذلك ، ولكن لم قلتم بأن المنافع ملك المالك ؟ .

قوله : لأنها تبعه - قلنا : لا نسلم ، بل العين تبع للمنافع من حيث الغرض والمقصود .

قوله : لم قلتم بأنه لا يجب الضمان بسبب منع حدوث المنافع على ملكه ؟ قلنا : لأن الضمان منع المنفعة الحاصلة ، فلا يجب في مقابلة منع منفعة لم تحصل بعد ، تحقيقا للمعادلة في ضمان العدوانات .

١/٩٣ - ١٠٨ - مسألة : المضمونات تملك / بالغصب عند أداء الضمان مستندا إلى وقت الغصب .

(١) في الأصل هكذا : « أحزا » .

صورته : إذا غضب عبدا : فاكتسب في يده أكسابا ، وأبق من يده - يقضى القاضى عليه بالضمان و [إذا] أدى الضمان ، يصير العبد ملكا له ، حتى لو عاد العبد من الإباق ، يعود على ملك [هـ] وكانت الأكساب ملكا له .

والوجه فيه - أن المالك ثبت الملك له في الضمان ، فيزول ملك الغصب عن الضمان ، لاستحالة جمعهما ، وإذا زال ملك الغاصب ، فقد تضرر به ، فيجب إعدام هذا الضرر ، وذلك بإثبات الملك [له] ^(١) في المضمون ، ليقوم مقامه ، فوجب القول بإثبات الملك في الجانبين ، دفعا للضرر عنهما بقدر الإمكان .

فإن قيل : قولكم بأن الملك ثبت للمالك في الضمان - قلنا : لا نسلم . وبطلانه ظاهر ، لأنه لو ثبت الملك له : إما أن يثبت من كل وجه ، أو من وجه دون وجه . لا وجه للأول - لأنه لم يفت ملك المالك عن المضمون من كل وجه ، لقيام ملك الرقبة . ولا وجه للثاني - لأنه لا قائل به .

ولئن سلمنا أنه ثبت الملك للمالك في الضمان ، ولكن لم قلتم بأنه ثبت الملك للغاصب في المضمون ؟ .

قوله : دفعا للضرر - قلنا : الاعتراض عليه من وجهين : أحدهما - أن ضرره ليس بواجب الدفع ، لأنه جان . والثاني - أنه لا يمكن إثبات الملك للغاصب في المضمون ، لأنه هالك حكما ، لأن القاضى لا يقضى بالضمان للمالك ، إلا بعد قضائه بهلاك المضمون .

والدليل على أن الغاصب لم يملك المضمون من وقت الغصب ، أنه لا يملك الأولاد الحادثة بعد الغصب .

ولئن سلمنا أنه ثبت الملك في الجانبين ، ولكن على وجه يتمكن المالك من فسخه ، لأنه ثبت بطريق الضرورة ، فيتوقف إلى وقت ظهور المضمون ، ثبت له حق النقض ، كالبائع المكره ، وصار كما إذا أخذ الضمان بقول الغاصب ، فإنه يعود - كذا هذا .

(١) « له » غير واضحة في الأصل ومكانها فيه بياض .

الجواب :

٢/٩٣ قوله : لم قلت بأن الملك ثبت للمالك في الضمان ؟ قلنا : لأن الفاتئ بالغصب / منافع لا يمكن جبرها ودفع الضرر الحاصل بفواتها إلا بثبوت الملك للمالك في الضمان من كل وجه .

قوله بأن في إثبات الملك للمالك في الضمان من كل وجه إزالة (١) ملك الغاصب من كل وجه ، مع أنه لم يزل من كل وجه - قلنا : نعم ولكننا دفعنا (٢) هذا الضرر عن الغاصب بإثبات الملك له في المضمون من كل وجه ، تحقيقا للمعادلة ودفعاً للضرر .

قوله بأن ضرر الغاصب ليس بواجب الدفع - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأنه جان - قلنا : بلى ، ولكن حق الجاني فيما وراء جنايته معصوم ، ولا يجوز الإضرار به إلا بقدر الجناية ، عملاً بالدليل النافي للضرر .

قوله : بأنه هالك حكماً ، فلا يمكن إثبات الملك فيه - قلنا : لا نسلم ، بل هو قائم ، لأن الأبق قابل للملك ، وكذلك الهالك من كل وجه : قابل للملك في آخر جزء من أجزاء بقائه .

وأما الأولاد والأكساب - قلنا : الملك ثبت مستنداً ، وإنه يظهر في حق بعض الآثار دون البعض ، فأظهرناه في الأكساب دون الأولاد ، لأن التبعية في الأكساب أكثر .

قوله : يتمكن المالك من فسخه - قلنا : لا نسلم - وبيانه : أن الملك للمالك في الضمان ثبت على وجه لا يتمكن الغاصب من نقضه ، فكذا في جانبه - بخلاف البائع المكره ، لأن الغاصب طائع في الغصب والضمان ، وكذا المالك ، بخلاف ما إذا أخذ الضمان بقول الغاصب ، لأن المالك ثمة كالمكره .

(١) في الأصل كذا : « إزالة » .

(٢) في الأصل : « دفعاً » .

١٠٩ - مسألة : نقصان الولادة ينجر بالولد إذا كان له وفاء بقيمة النقصان .

والوجه فيه - أن هذا النقصان تعين طريقا للوصول إلى نفع مطلوب عادة ، فلا يجب الضمان .

وإنما قلنا ذلك - لأنه تعين طريقا للوصول إلى الولد عادة ، والولد نفع مطلوب عادة ، وإذا كان النقصان طريق النفع كان نقصانا صورة لا معنى ، فلا يكون^(١) ضررا معنى ، فلا يجب الضمان ، لأن أخذ الضمان إضرار صورة ومعنى . والدليل يأبى ذلك إلا لجبر / ضرر مثله .

١/٩٤

فإن قيل : قولكم بأن الولد نفع مطلوب عادة - قلنا : لا نسلم ، بل تطلب الأم للاستخدام^(٢) أو الركوب .

ولئن سلمنا أن الولد نفع مطلوب ، ولكن يجبر النقصان إذا كان مطلوبا للمالك قطعاً أم [على]^(٣) سبيل الاحتمال ؟ م ع - وهذا لأن ضرر النقصان قطعي ونفع الولد محتمل ، فلا ينجر به .

ولئن سلمنا أن النقصان يجبر ، ولكن لم قلتم بأنه لا يجب الضمان ؟ وهذا لأن الضمان عندنا لم يجب بسبب الولادة ، لأنه صنع الله تعالى وإنما وجب بالغصب السابق ، والغصب سبب للضمان ، لأنه سبب للنقصان .

ثم الدليل على أن الولد لا يصلح جابرا ، لأنه ملك المالك ، والنقصان حصل على ملكه ، ونقصان ملكه لا ينجر بملكه - دل عليه أن الأم إذا ماتت وفي قيمة الولد وفاء بالأم ، يجب عليه ضمان الأم . وكذلك إذا قطع أصول شجرة إنسان ونبت مكانها أخرى أو جز صوف شاته ونبت آخر ، أو نزع أنثى^(٤) عبد إنسان وازدادت قيمته ، يجب الضمان في هذه الصور .

(١) كلمة غير واضحة في الأصل فقيه هكذا : « فلا خون » .

(٢) في الأصل : « الاستخدام » .

(٣) زبدت أخذا بما قاله المؤلف في مواضع أخرى - انظر فيما يلي مثلاً من ٢٧٢ .

(٤) الأثنيان الحُصيتان . والأذنان - المعجم الوسيط .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الولد نفع مطلوب عادة - قلنا : لأن العقلاء يمكنون الأمهات^(١) والدواب^(٢) والجوارى للولد ، وكون غيره مطلوبا لا يمنع كونه مطلوبا .

قوله بأن نفع الولد محتمل - قلنا : نفرض^(٣) الكلام فيما إذا كان نفعه قطعيا ، وصرح المالك بكونه طالبا للولد ، فسقط السؤال .

قوله : سبب وجوب الضمان هو الغصب السابق - قلنا : إنما يجب الضمان بسبب الغصب إذا لم يرد الجارية ، وقد ردها من غير نقصان معنى - على ما مر .

قوله بأن نقصان ملكه لا ينجبر بملكه - قلنا : نحن لا ندعى بأن هذا النقصان حصل صورة ومعنى ووجب الضمان ثم انجبر ، ولكن ندعى أن هذا لم يقع نقصانا موجبا للضمان ابتداء ، لما قلنا . وأما إذا ماتت الأم فهذا نقصان صورة ومعنى / . وكذلك إذا قطع الشجرة وجز الصوف ، فإنه نقصان صورة ومعنى ، لأنه لم يتعين طريقا للنفع - وأما الزيادة بقطع الأنثيين^(٤) [ف] ليس بمطلوب شرعا ، لأنه حرام ، وهو عادة الجهال والظلمة ، فكان ذلك النفع ملحقا بالعدم - أما ههنا بخلافه .

٢/٩٤

والله أعلم .

١١٠ - مسألة : إذا غصب حنطة وطحنها أو زرعها ينقطع حق المالك ويصير ملكا للغاصب بالضمان ، خلافا له .

والوجه فيه - أن الغاصب استهلك مالية الحنطة واكتسب مالية الدقيق ، فوجب أن ينقطع حق المالك إلى الضمان .

(١) أمهات جمع أم وهى أصل الشيء والوالدة والشيء يتبعه ما يليه - المعجم الوسيط .

(٢) كذا تبدو فى الأصل .

(٣) فى الأصل كذا : « بعرض » بدون نقط الحرفين الأولين .

(٤) انظر فيما تقدم الهامش ٤ ص ٢٦٣ .

وإنما قلنا ذلك - لأن مالية الخنطة إنما تثبت بكونها صالحة لإقامة المصالح المختصة بها من الزراعة واتخاذها أطعمة ، وبالطحن فأتت هذه الصفة ، فتفوت المالية .

وإنما قلنا إنه اكتسب مالية الدقيق ، لأنه باشر السبب المتعين لحصول الدقيق ، وهو الطحن ، فيصير ملكا للغاصب ، لقوله عليه السلام : « المرء أحق بكسبه » .

فإن قيل : قولكم بأنه استهلك مالية الخنطة - قلنا : لا نسلم .

قوله : بالطحن فأتت المصالح المختصة بها - قلنا : لا نسلم بأن الطحن مضاف إلى فعله ، بل مضاف إلى دوران الرحا ، وذلك إلى جريان الماء ، إلا أن إلقاء الخنطة في الرحا شرط ، والحكم لا يضاف إلى الشرط .

ولئن سلمنا بأن الطحن مضاف إلى فعله ، ولكن لم قلتم بأن بالطحن زالت مالية الخنطة ؟

قوله : لأنه فأتت منافع الخنطة المختصة بها - قلنا : كلها أم بعضها ؟ ع م . وهذا لأن معظم منافع الخنطة اتخاذ خبزا ، وإنه قائم ، فلا يزول الملك . ولهذا لو غصب شاة فذبحها لا ينقطع حق المالك عن الشاة ، وإن فأتت منافع الدر^(١) والنسل .

ولئن سلمنا أن مالية الخنطة قد بطلت ، ولكن أجزاء الخنطة قائمة ، فلم ينقطع ملك المالك ، لأن المالية صفة والأجزاء ذات ، والملك يقع بالذات لا بالصفات .

ولئن / سلمنا أنه يزول ملك المالك ، ولكن لم يثبت ملك الغاصب .

قوله : اكتسبه - قلنا : لا نسلم بأن الفعل الحرام يكون سببا للملك .

ولا نسلم بأن الحديث يتناوله ، لأنه أجمعنا على أن الغاصب ليس أحق به ، فإنه لا يحل له الانتفاع به ، بل يجب عليه التصديق .

(١) الدر اللبن ودر الضرع امتلأ لبنا وسال باللبن ويقال : در باللبن - المعجم الوسيط .

الجواب :

قوله : لم قلتُ بأن الطحن مضاف إلى فعله ؟ قلنا : لو فرضنا الكلام فيما إذا طحن بيده سقط السؤال . ولو لم نفرض فنقول : تقريب الحنطة من الرحا سبب للطحن ، ولهذا لو استأجر طحانا ليطحن له بكذا ، ففعل ما قلنا - يستحق الأجرة .

قوله : لم قلتُ بأن بالطحن زالت مالية الحنطة - قلنا : لأن منافعها قد فاتت .

قوله : كلها أو بعضها - قلنا : كلها ، لأن منافع الحنطة ما تحصل حال تركيب الأجزاء ، لأنها هي الحنطة ، وملك المالك قائم بالمركب ، فكان لهذه الأجزاء ماليتان في حالتين : إحداهما ^(١) حالة التركيب . والثانية حالة التفرق . فمالية التركيب تزول بزوال التركيب .

وأما إذا غصب شاة فذبحها - قلنا : لم يستهلك مالية اللحم ، وإن استهلك مالية الشاة . إنما الفائت صفة ^(٢) الحياة ، وذلك ليس بشرط للحم .

ولئن استهلك مالية الشاة ولكنه لم يكتسب مالية أخرى ، حتى لو اكتسب بالطبخ ، يزول ملك المالك ، كما زال ههنا .

قوله : الملك يقوم بالذات لا بالصفات - قلنا : لا نسلم ، بل قائم بالصفة ، بدليل الشاة الميتة .

قوله : الغاصب ليس أحق به - قلنا : لا نسلم ، بل هو أحق به ، لأنه أخص به ، ولهذا خصه الشرع بالتصدق به وتخليكه .

والله أعلم .

(١) في الأصل : « إحداهما » .

(٢) في الأصل كذا : « وصفه الحياة » وفي المعجم الوسيط : وَصَفَ وَصْفًا وَصْفَةً نَعَتَهُ بِمَا فِيهِ . والصفة الحالة التي يكون عليها الشيء من حليته ونعته كالسواد والبياض والعلم والجهل . وسيأتى بعد قليل : « بل قائم بالصفة » .

١١١ - مسألة : إذا غصب ساجة (١) وأدخلها في بناءه ، ينقطع حق المالك إلى

الضمان .

والوجه فيه - أن القول بانقطاع حق المالك إلى الضمان وثبوت الملك للغاصب في الساجة دفع أعلى الضررين ، بتحمل الأدنى ، فوجب المصير إليه ، قياسا على ما إذا غصب لوحا / وأدخله في السفينة المركوبة . وإنما قلنا ذلك - لأن القول بانقطاع حق المالك إضرار به ، ولكن بعوض يقابله وهو الضمان . وفي القول ببقاء حق المالك إضرار بالغاصب بغير ضمان ، لأنه متى بقى ملك المالك في الساجة كان بسبيل من نقض البناء لإخراج الساجة ، وفي ذلك إبطال ملك الغاصب عن البناء بغير ضمان ، لأن البناء حصل بكسبه ، والكسب سبب لثبوت الملك ، ومعلوم أن هذا الضرر فوق ذلك الضرر ، فوجب القول بانقطاع حق المالك إلى الضمان ، دفعا لأعلى الضررين بتحمل الأدنى .

فإن قيل : قولكم بأن في نقض البناء إبطال ملك الغاصب عن البناء بلا عوض - قلنا : لا نسلم بأن نقض البناء إبطال ملكه .

قوله : لأنه حصل بكسبه - قلنا : المحذور لا يكون سببا للملك .

ولئن سلمنا أنه ملكه ، ولكن هذا الضرر حصل قصدا أو ضمنا ؟ ع م . وهذا لأنه حصل ضمنا لإيصال الحق إلى المستحق ، فلا يجب دفعه ، كما في مؤنة الرد - دل عليه أنه لو غصب ساجة وبنى عليها لا ينقطع حق المالك حتى ينقض البناء - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه إضرار بالغاصب ، ولكن لا نسلم بأنه فوق ضرر المالك .

قوله : لأنه لا يقابل بالضمان - قلنا : لا نسلم ، بل يقابل بالضمان على أحد قولي

الشافعي .

(١) الساجة مفرد ساج وهو ضرب عظيم من الشجر لا ينبت إلا في الهند ويحلب منها . وقال الرمحشري : الساج خشب أسود رزين يحلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه . وقال بعضهم : الساج يشبه الأبنوس وهو أقل سوادا منه - المصباح . وانظر : السمرقندي ، التحفة ،

ولئن سلمنا أن ضرره فوق ضرر المالك ، ولكن لم قلتم بأنه واجب الدفع ؟ وبطلانه ظاهر لوجهين .

أحدهما - أنه جان ولا يبالي بضرر الجاني .

والثاني - أنه هو الذى أضر بنفسه حيث باشر سببه ، وهو إدخاله الساجة فى بنائه مع علمه بذلك ، فلا يستحق النظر .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « من وجد عين ماله فهو أحق به » (١) .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن نقض البناء إبطال ملكه ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : المحذور لا يكون سببا - فالجواب عنه ما مر فى المسائل المتقدمة .

قوله : هذا الضرر حصل / قصدا وابتداء أو ضمنا - قلنا : إذا ثبت أنه ضرر ، يجب دفعه بالدليل .

١/٩٦

قوله : حصل ضمنا لاتصال الحق - قلنا : لا نسلم ، بل حصل قصدا وابتداء ، لأنه لا يجب نقض البناء لرد الساجة ، لما فيه من إبطال ملكه . وبهذا فارق مؤنة الرد ، لأن الرد واجب ثمة أو لأن الرد ممكن فى الجملة بدون المؤنة .

وأما فصل الساجة - قلنا : ثمة ضرر المالك مثل ضرر الغاصب ، لأن ضرر المالك بغير عوض كضرر الغاصب ، لأن الساجة لا تضمن بالغصب - أما ههنا بخلافه .

قوله : إن ضرره يقابل بالضمان على أحد قولي - قلنا : لا نسلم ، ولا يمكن القول به ، لأن البناء هو التركيب وإنه ليس بعين مال حتى يقابل بالضمان . على أنا إذا سعينا فى إبطال أحد قولي فقد حصل المرام .

(١) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٧٢٥ ص ١٣٠ - ١٣١ فى باب التفليس والحجر . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨١٣ ص ٨٧٢ - ٨٧٥ وفيهما : « عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : سمعنا رسول الله ﷺ يقول : « من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره » متفق عليه . وهناك رواية أخرى فى بلوغ المرام وسبل السلام .

قوله - بأن ضرره لا يدفع ، لأنه جان - فالجواب عنه ما مر في المسألة المتقدمة .
وإدخال الساجة ليس بسبب للنقص ، بل هو سبب لانقطاع حق الملك على ما مر .
وأما الحديث - قلنا : لم يجد المالك عين ماله ، لأنه انقطع ماله - على ما مر .

١١٢ - مسألة : المسلم إذا أتلف خمر الذمي أو خنزيره - يجب عليه الضمان .
وعلى هذا الخلاف جواز بيع الذمي من الذمي في الخمر والخنزير .

والوجه فيه - أنه أتلف مالا متقوما معصوما حقا للمالك - فيجب الضمان ، قياسا
على ما إذا أتلف خل الذمي .

وإنما قلنا : إنه أتلف مالا ، لأن المال هو المحل المعد لإقامة مصلحة الآدمي حقيقة
وشرعا ، وإنه كذلك في حق الذمي .

وإنما قلنا : إنه متقوم ، لأن المعنى به كون المحل بحال يذل العوض في مقابلته ، وإنه
كذلك في حقه .

وإنما قلنا : إنه معصوم ، لأن العصمة إنما تثبت لحاجة المالك إلى صيانة ملكه ،
والذي يحتاج إليه .

وإذا ثبت هذا - فإتلاف مال هذا حاله إضرار بالمالك ، فوجب دفعه بالضمان .

فإن قيل : ما ذكرتم إن دل على وجوب الضمان ، ولكن ههنا دليل آخر / ينفي
ذلك . وذلك لأن الخمر وإن كان مالا في حق الذمي ، ولكنه ليس بمال في حق
المسلم . وهو محرم الانتفاع ، وأخذ الضمان من المسلم إتلاف مال متقوم في حقه وفي
حق الذمي مطلقا ، فلا يجب إلا بإتلاف مال متقوم في حق الكل تحقيقا للمعادلة .
ولكن سلمنا أن^(١) إتلاف خمر الذمي يصلح سببا للضمان ، ولكن إنما يجب إذا
أمكن ، وإنه لا يمكن لوجهين :

(١) في الأصل : « انه » .

أحدهما - أنه لو وجب عليه الضمان لثبت الملك في المضمون ، كما هو مذهبكم في المضمونات ، ولا وجه إليه ، لأن المسلم ليس بأهل لتملك الخمر .

والثاني - وهو أن الضمان لو وجب إما أن ما يجب بالمثل وهو الخمر أو بالقيمة - لا وجه للأول ، لأن المسلم ليس بأهل لتملك الخمر . ولا وجه للثاني لوجهين : أحدهما - أن إيجاب القيمة في المثليات عند وجود المثل لا نظير له في الشرع ، فكان نصب الشرع بالرأى ، وذلك باطل . والثاني - أن المسلم لا يعرف قيمة الخمر بنفسه ، لأنه ليس بأهل إتمليك ، فلا بد من الرجوع إلى تقويم الذمي ، وفيه تنفيذ حكم الذمي على المسلم ، وذاك باطل .

الجواب :

قوله بأن الخمر إن كان مالا في حق الذمي - [ف] ليس بمال في حق المسلم - قلنا : بلى ، ولكن سببية الضمان تبنتي على كونه مالا متقوما في حق المتلف عليه ، دون المتلف ، لأن الضمان شرع لإعدام الضرر ، وذلك يثبت بكونه مالا متقوما في حقه ، والمعادلة ثابتة ههنا في وصف الإضرار .

قوله : لو أدى الضمان يملك المضمون ، وهو ممنوع عن تملك الخمر - قلنا : المسلم ممنوع عن تملك الخمر قصدا لا ضرورة ، ولهذا يملك بالإرث ، وبأن يوكل ذميا بشرائها عند ألى حنيفة .

قوله : إما أن يجب المثل أو القيمة - قلنا : تجب القيمة .

قوله : مثلى - قلنا : بلى ، لكن إذا عجز المتلف عن أداء المثل يصار إلى القيمة ، كما إذا أتلف عصيرا فانقطع أوانه ، تجب القيمة / .

قوله : فيه تحكيم الذمي على المسلم - قلنا : ليس كذلك ، لأنه يمكن معرفته من ذمي أسلم أو مسلم تاب من شرب الخمر .

والله أعلم .

كتاب الوديعة^(١)

١١٣ - مسألة^(٢) : المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان .

والوجه فيه - أن ضرر الإعجاز قد ارتفع بالعود إلى الوفاق ، فوجب أن لا يؤاخذ بالضمان عند الهلاك .

وإنما قلنا ذلك - لأن ضرر الإعجاز حصل بإثبات اليد المانعة على المحل ، وترك الخلاف والاشتغال بالحفظ للمالك إزالة اليد^(٣) المانعة عن المحل ، فارتفع الإعجاز ، فلا يجب الضمان ، لأن الدليل يأتي إيجاب الضمان إلا لإعدام الضرر الواقع بالإعجاز ، لكونه ضررا .

فإن قيل : قولكم بترك الخلاف^(٤) إزالة اليد المانعة - قلنا : لا نسلم .

وبيانه : أن تفسير العود إلى الوفاق [هو] ترك الخلاف ، والخلاف هو لبس الثوب ، فكان العود نزع ، وإنه محتمل : يحتمل أنه نزع لنفسه ، ويحتمل أنه نزع للمالك .

ولو قال : أحفظه للمالك - لا يسمع قوله ، لأنه متهم فيه ، لدفع الضمان عن نفسه .

(١ - ٢) في الأصل كذا : « مسألة في كتاب الوديعة الوديعة ... » وهو ما يخالف ما سار عليه المؤلف في الكتاب مما يرجح أن هذا من عمل الناسخ سهوا . وقد أثرنا الرجوع إلى منهج المؤلف في الكتاب كله وخصوصا وأنه قد أورد ثلاث مسائل في هذا الكتاب وليس مسألة واحدة (المسائل ١١٣ - ١١٤ - ١١٥) على خلاف ظاهر قوله : « مسألة في كتاب الوديعة » .

(٣) انظر الهامش التالي .

(٤) كذا في الأصل . ولعل الأوضح أن يقال : « في ترك الخلاف إزالة ... » أو « بترك الخلاف أزال ... » .

ولئن سلمنا أن ضرر الإعجاز قد ارتفع بالعود إلى الوفاق ، ولكن قطعاً أم على سبيل الاحتمال ؟ ع م . وهذا لأن بالخلاف وجب الضمان قطعاً ، وارتفاع الإعجاز محتمل ، فلا يسقط اليقين بالشك ، وصار كالفاسب إذا قال : أنا أحفظه للمالك ولا أمنعه ، لا يسقط عنه الضمان .

ولئن سلمنا أن ضرر الإعجاز قد انعدم ، لكن لم لا يجب الضمان بسبب آخر وهو الالتزام للضمان عند الهلاك ، بترك الجفط حالة عقد الوديعة ؟ .

الجواب :

قوله بأن تفسير العود إلى الوفاق نزع الثوب - قلنا : ليس تفسير العود إلى الوفاق نزع فقط ، بل هو الاشتغال بالحفظ للمالك على وجه يعرف بقرائن أحواله ودلالات العادة : أنه يحفظه للمالك ولا يمنعه / عنه . ٢/٩٧

قوله : الإعجاز قد ارتفع قطعاً أم على سبيل الاحتمال ؟ - قلنا : ظاهراً وغالباً ، وهذا القدر يكفي للمنع من المؤاخذه بالضمان ، بدليل أنه لو رد إلى رسول المالك يراً من الضمان ، وهذا لا يرتفع المعجز قطعاً ، بخلاف الفاسب إذا قال : أحفظه للمالك ، لأنه أخبر عن شيء يشهد الظاهر بخلافه ، والظاهر من الفاسب الإعجاز ، ومن المودع ترك الإعجاز .

قوله : لم لا يجب الضمان بسبب الالتزام ؟ قلنا : لأن الالتزام لم يوجد صريحاً ، والظاهر أنه لا يلتزم الضمان لما فيه من الضرر .

١١٤ - مسألة : إذا أودع عند صبي محجور عليه مالا ، أو عند عبد محجور عليه مالا ، فاستهلكه - لا ضمان عليه^(١) أصلاً ، وعلى العبد ضمانه بعد العتق .

والوجه فيه - أن الصبي استهلك مالا ، تالفاً في حق المالك من وجه - فلا يضمن .

(١) لعل المقصود : على الصبي .

وإنما قلنا ذلك - لأن المال لما (١) وقع في يد الصبي صار تالفا ، في حق المالك من وجه ، لأن المعنى من التلف هو العجز عن الانتفاع ، والمالك عاجز عن الانتفاع من وجه ، لأن الظاهر من حال الصبي المنع لقيام الداعي والقدرة ، ولا مانع له شرعا ، فيكون تالفا من وجه ، فلا يجب الضمان ، لأن الدليل يأباه لكونه ضررا ، إلا في مقابلة مال قائم من كل وجه ، ففيما عداه (٢) [لا] .

فإن قيل : قولكم بأن الظاهر من حال الصبي المنع لقيام الداعي - قلنا : لا نسلم وبطلانه ظاهر ، لأنه وإن لم يكن له مانع شرعى ، ولكن له مانع ، وهو خوف ارتفاع الثقة (٣) وخوف التعزير والتأديب ، فلا يمنعه عن المالك .

ولئن سلمنا أن هذا المال تالف على ما ذكر ، ولكن هذا التلف حصل بفعل المالك أم بفعل الصبي ؟ ع م - ولكن هذا لا يمنع وجوب الضمان ، لأنه متلف بفعله ، فصار : كالمودع الفاسق البالغ ، وكالصبي المأذون المودع ، / وكذا إذا أودع عند بالغ فأتلفه صبي في عياله ، أو كانت الوديعة عبدا أو أمة فأتلفه ، يجب الضمان في هذه الصور وكذلك يجب الضمان على غاصب الغاصب وإن كان تالفا (٤) .

الجواب :

قوله : له مانع ، وهو خوف ارتفاع الثقة - قلنا : الصبي المحجور لا يبالى بالثقة من الناس هـ وبرفعها ، لأنه لا يحتاج إلى المعاملة مع الناس . وأما التعزير والتأديب - قلنا : هذا أمر محتمل : قد يعزر وقد لا يعزر . ولئن كان يعزر ، ولكن المعروف من عادات أغلب الصبيان أنهم لا يبالون بالتعزير .

(١) في الأصل : « كما » .

(٢) في الأصل كذا ، ولعل الصحيح : « لا فيما عداه » وقد أثرنا زيادة « لا » في آخر العبارة .

(٣) كذا يبدو في الأصل . وستأتى بعد قليل .

(٤) في الأصل كذا : « تالفا » . ولعل المقصود أنه تالف من وجه بوجوده لدى الغاصب .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ١٨)

قوله : هذا التلف حصل به بفعل المالك أم بفعل الصبي ؟ - قلنا : حصل بتسبب المالك وتسليطه على ماله من ليس من أهل الحفظ ، فيكون تالفا من وجه ، فلا يجب به مال قائم من كل وجه .

أما الأحكام :

أما الفاسق - فالمانع قائم في حقه ، وهو خلاف المأثم وعقله أكثر من عقل الصبي . وكذلك المأذون ، لأن الإذن دليل اختصاصه بزيادة الاهتداء .

وأما إذا أودع عند بالغ فأثلفه صبي في عياله - قلنا : هذا الصبي مأذون بقبول هذا النوع من الوديعة ، فكان كالإيداع من المأذون .

وأما إذا كانت الوديعة عبدا أو أمة ، فلأن الداعي إلى المنع ثمة معارض بالمانع ، لأن العبد والأمة يمتعانه .

وأما غاصب الغاصب - فإنه أيضا إتلاف من وجه ، إلا أنا الحقناه بالإتلاف من كل وجه ، زجرا عن ذلك ، وسدا لباب النصب - أما ههنا بخلافه . والله أعلم .

١١٥ - مسألة : المودع إذا سافر بمال الوديعة في طريق آمن ، فهلك الوديعة في

يده - لا يضمن . وعنده يضمن . وهذا إذا لم يكن للوديعة حمل وموثة . أما إذا كان لها حمل وموثة - فعند أبي حنيفة لا يضمن كان السفر قريبا أو بعيدا . وعند أبي يوسف : في البعيد يضمن . وعند محمد : يضمن فيهما . وفي الطريق / المخوف والبحر يضمن بالإجماع .

٢/٩٨

والوجه فيه - أن وجوب الضمان موقوف على الالتزام أو الاستهلاك ، ولم يوجد ، فلا يضمن ، قياسا على ما إذا حفظ في المصر .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد منه الالتزام - لأنه إنما التزم الضمان بترك الحفظ الملتزم ، وهو الحفظ للمالك بأمره وقد أتى به ، لأن حفظ الشيء عبارة عن جعله بحالة يكون

مضمونا عن أسباب الهلاك . وإذا كان الطريق آمنا ، كانت الوديعة بحالة لا يقصدها قاصد ولو قصدها يمكنه دفعه ، إما بنفسه أو بالاستعانة بالرفقة ، والمالك لم يعين عليه المكان ، فيكون حافظا بأمره .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد منه الاستهلاك ، لأن الكلام فيما إذا هلك بأفة سماوية ، لا بصنعه .

فإن قيل : قولكم بأنه أتى بالحفظ الملتزم - قلنا : لا نسلم .

قوله : الطريق آمن - قلنا : في الحال أم في المستقبل ؟ م ع - ولا يمكن القول ببقاء الأمن في المستقبل ، لأن الظاهر هو الخوف في الأسفار ، والمسافر وإن كان قادرا على دفع الآحاد ، لا يقدر على دفع الجماعات .

ولئن سلمنا أنه أتى بالحفظ ، ولكن بالحفظ الكامل أم بالحفظ الناقص ؟ ع م ، وهذا لأن الحفظ في المصر أكمل ، ولهذا يصح التعقيد ^(١) به ، ولو قيد بضمن . فلو لم يكن متفاوتا لما ضمن ، كما قيد بيتا دون بيت .

ولئن سلمنا أنه أتى بالحفظ ، ولكن بأمر المالك ، لا بأمره .

قوله : المالك لم يعين المكان - قلنا : صريحا أم بدلالة الغرض ؟ م ع . وهذا لأن الغرض هو الحفظ الكامل عادة ، وذلك بالحفظ في المصر عادة ، فيكون مقيدا به دلالة كما في النقود ^(٢) .

ولئن سلمنا أنه لو يوجد الالتزام ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد الاستهلاك ؟ . وهذا لأن الاستهلاك وإن لم يوجد مباشرة وجد تسببا ، لأن السفر مظنة المخاطر والغارات - قال عليه السلام : « المسافر وماله على قلَّت ^(٣) إلا ما وقاه الله » والاستهلاك بطريق التسبب / موجب للضمان ، كمن حفر بئرا على الطريق .

(١) في الأصل كذا : « التعقيد » .

(٢) كذا في الأصل .

(٣) في مختار الصحاح : « القَلْتُ بفتح الحين الهلاك وباب طرب . وقال أعرابي : « إن المسافر ومتاعه لعلّ قلَّتْ إلا ما وقى الله - قلت : وهكذا رواه الأزهري أيضا ولا أعرف أحدا من أئمة اللغة =

الجواب :

قوله : أمن الطريق في المستقبل لم يوجد غالبا - قلنا : الظاهر وجوده لقوة السلطان ومنعة المسلمين ودفع الرقعة .

وأما توجه الجماعات من القاصدين ، فذاك ينذر وجوده ، فلا يعتبر (١) .

قوله : أتى بالحفظ الكامل أم بالحفظ الناقص ؟ - قلنا : بالحفظ الكامل .

قوله : الحفظ في المصر أكمل - قلنا : بلى (٢) ، ولكن من حيث الوصف ، لا من حيث الذات .

وهذا يكفي لصحة التقييد : أما بدون التقييد فأصل الحفظ يدخل في الأمر كما في الدارين .

قوله : بأن غرضه الحفظ البالغ - قلنا : لو كان غرضه ذلك لنص عليه بالحفظ في المصر ، لأنه ممكن . فإذا أطلق كان غرضه مطلق الحفظ .

قوله : جرت العادة بالحفظ في المصر - قلنا : بلى ، ولكن الاعتبار للفظ لا للعمل ، واللفظ مطلق .

قوله : وجد الاستهلاك بطريق التسيب - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن التسيب إلى الاستهلاك هو الفعل المفضى إلى الهلاك غالبا ، ولم يوجد لأن الطريق آمن .

قوله : بأن السفر مظنة المخاطر - قلنا : في حالة الأمن لا نسلم بأنه مظنة المخاطر .

وأما الحديث - فإنه استثنى « إلا ما وقاه الله » وهو حالة الأمن ، والكلام فيما إذا كان الطريق آمنا غير مخوف .

= يرويه حديثنا كما يرويه بعض الفقهاء في كتبهم . والمقلنة المهلكة . وفي المعجم الوسيط : قِيلَ قَلْنَا تعرض للهلاك .

(١) غير ظاهرة في الأصل . وقد تكون : « فلا يعتبر » أو « فلا يعد » .

(٢) في الأصل كذا : « بلا » .

١/٩٩

كتاب العارية

١١٦ - [مسألة (١)]: إذا هلك المستعار في يد المستعير لا يضمن في أى حال هلك .
والوجه فيه - أن وجوب الضمان موقوف على الالتزام أو الاستهلاك ، ولم يوجد -
فلا يضمن ، قياسا على الوديعة .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد الالتزام - لأن الإعارة عقد تبرع ، لا عقد ضمان
ومعاوضة ، فلا يدل على الالتزام وضعه (٢) .

وإنما قلنا إنه لم يوجد الاستهلاك - لأن الاستهلاك إنما يكون بالإعجاز ، وذلك
بإثبات اليد المانعة ، ولم توجد .

فإن قيل : التعليل ينتقض بالمقبوض بسوم (٣) الشراء ، فإنه مضمون وإن لم يوجد
الالتزام / أو الاستهلاك .

٢/٩٩

ثم نقول : لا نسلم بأن الإعارة عقد تبرع ، بل هو عقد ضمان ، لأن بالناس حاجة
إلى الإعارة والاستعارة ، فلو لم يشرع عقد ضمان يمتنع الناس عن الإعارة ، خوفا من
الهلاك بلا ضمان ، فتتعطل المصالح ، فعلم أنه وجد الالتزام .

ولكن سلمنا أنه لم يوجد الالتزام - ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد الاستهلاك ؟ .

قوله : الاستهلاك بالإعجاز ، وذلك بإثبات اليد المانعة - قلنا : لا نسلم . وهذا

(١) لم ترد هنا كلمة « مسألة » ولعل ذلك لأن الوارد هنا مسألة واحدة - وقد أضفناها اتباعا
لمنهج المؤلف في الكتاب .

(٢) كذا في الأصل . ولعل المقصود « شرعه » وسيأتى بعد قليل : « .. فلو لم يشرع عقد

ضمان ... » . >> <<

(٣) سيأتى في « الجواب » .. « على سوم » .

لأن الإعجاز قد يحصل بإثبات اليد المانعة ، [وقد] يحصل بالاستيلاء على المحل وشغله بالانتفاع ، غاية ما في الباب أنه مأذون في الانتفاع ، ولكن انتفاع ينتهي إلى الرد ، لأن الظاهر أنه لا يرضى بالإهلاك .

ثم هذا معارض بما روى صفوان بن أمة أن النبي ﷺ استعار منه أذراعا (١) يوم حنين فقال : أغضب يا محمد ؟ قال : « بل عارية مضمونة » رواه أبو داود (٢) . وعن الحسن عن سمرّة عن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » (٣) رواه أبو داود وأبو عيسى وابن ماجه . وعن أنس عن النبي ﷺ أنه قال : « العارية مؤداة والمنحة مردودة » (٤) ولا يقال بأن المراد من قوله « مضمونة » (٥) ضمان الرد لا ضمان القيمة ، لأننا نقول : ضمان الرد مستفاد بقوله « مؤداة » (٦) فوجب حمل قوله « مضمونة » على ضمان القيمة . وقوله : « حتى تؤدي » (٧) فإداء القيمة قائم مقام أداء العين عند العجز .

وكذا روى أن النبي ﷺ كتب إلى بني نجران : « ما يعار رسلى فهلكت على أيديهم فضمانها عليهم » (٨) .

(١) في الأصل كأنها : « اذراعا » . وفي المعجم الوسيط . الدرع الزردية وهي قميص من حلقات من الحديد متشابكة يلبس وقاية من السلاح . والجمع أذراع وأدراع ودروع .
(٢) راجع : بلوغ المرام ، رقم ٧٥٢ ص ١٣٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٤٠ ص ٩٠٢ . وفيهما : « دروعا » .

(٣) بلوغ المرام ، رقم ٧٤٩ ص ١٣٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٣٧ ص ٨٩٨ : « حتى تؤديه » وأيضا : انظر في الأول رقم ٧٥١ ص ١٣٥ وفي الثاني ٨٣٩ ص ٩٠١ .

(٤) راجع : بلوغ المرام ، رقم ٧٥١ ، ص ١٣٥ . وسبل السلام ، ٣ : ٨٣٩ ص ٩٠١ .

(٥) في حديث صفوان .

(٦) في حديث أنس .

(٧) في حديث سمرة .

(٨) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٧٥١ ، ص ١٣٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٣٩ ، ص

الجواب :

أما المقبوض على سوم الشراء ، فلأن الاستيـام وسيلة إلى العقد ، فالتحق بحقيقة العقد ، والبيع عقد معاوضة وضمنان .

قوله : بأن بالناس حاجة إلى الإعارة هـ والاستعارة - قلنا : نعم ، ولكن لم قلتم بأن هذه الحاجة لا تندفع إلا بالضمان ؟ .

قوله : يتمتع الغير خوفا من الهلاك - قلنا : لا يتمتع ، لأن الهلاك نادر والداعى إلى / الإعارة (١) قائم ، وهو الثواب والثناء .

قوله : لم قلتم بأنه لم يوجد الاستهلاك ؟ - قلنا : لأن يده ليست بمائعة ، فكان المالك قادرا على الانتفاع به .

قوله : بأنه انتفع بالمحل و (٢) شغله باستعمال نفسه - قلنا : بلى ، ولكن على تقدير أن لا يريد المالك الانتفاع به ، فإذا أراد فإنه يتبأ له ذلك .

وأما الأحاديث :

أما حديث صفوان - قالوا : المراد منه ضمان الرد ، لا ضمان القيمة .

وهو المراد بحديث سمرة - والله أعلم بذلك .

وكذلك حديث أنس .

ويجوز أن يكون البعض تفسيرا للبعض .

وحديث بنى نجران قالوا : المراد منه الإهلاك ، ولا كلام فيه .

(١) فى الأصل كذا : « الإعادة » .

(٢) الواو غير واضحة .

كتاب الصيد

١١٧ - مسألة : متروك التسمية عامدا عند الذبح لا يحل أكله ، خلافا له .

والوجه فيه - قوله الله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ ^(١) : نهى الله تعالى عن أكل ما لم يُذكر اسم الله عليه ، والنهي للتحريم .

فإن قيل : الآية نزلت في الميتة ، فإن سبب نزولها أن الكفار كانوا يجادلون ويقولون : أتأكلون ما أمتموه ولا تأكلون ما أماته الله - فأنزل الله هذه الآية ردا عليهم .

دل عليه قوله : ﴿ وَإِنَّهُ لَفَسْقٌ ﴾ و ﴿ إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ ﴾ وذلك بأكل الميتة ، لا بهذه ^(٢) .

ولئن سلمنا أن المراد منها الذبيحة ولكنه قال : لم يُذكر اسم الله عليه بلفظ المجهول ، وذلك يقتضى ذكر شخص ما في حالة ما - فلم قلتم بأنه لم يوجد ذلك ؟ .

ولئن سلمنا أن المراد ذكر الذابح ، ولكن النص ذكر ﴿ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ﴾ بكلمة « من » ^(٣) وإنها للتبعض فكان المراد البعض وذلك غير معلوم .

ولئن سلمنا أن المراد كل الذابح - ولكن لم قلتم بأنه لم يذكر اسم الله ؟ وهذا لأن الذكر كما يكون باللسان يكون بالقلب ، لأن ضده وهو النسيان بالقلب وقد وجد ههنا ، لأن ترك التسمية باللسان عامدا لا يتصور إلا بالذكر بالقلب .

(١ - ٢) الأنعام : ١٢١ - ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفَسْقٌ وَإِنَّ الشَّيَاطِينَ لَيُوحُونَ إِلَى أَوْلِيَائِهِمْ لِيُجَادِلُوكُمْ وَإِنْ أَطَعْتُمُوهُمْ إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ ﴾ - انظر : الشوكاني ، فتح القدير ، ١٥٧ : ٢ - ١٥٨ .

(٣) « من » المضغمة في « مما » . وفي المعجم الوسيط : أن من معاني « من » التبعض . وفي القرآن الكريم ﴿ حَتَّى تَتَفَقَّحُوا مِمَّا تَحِبُّونَ ﴾ ويمكن أن يذكر موضعها كلمة « بعض » مثل : « منهم من أحسن ومنهم من أساء » .

ولئن سلمنا أن المراد هو الذكر باللسان ، ولكن حقيقة أم حكما ؟ ع م - وهذا
لأنه وجد الذكر باللسان حكما ، لأنه مسلم . وقد سئل النبي ﷺ / عن متروك
التسمية ناسيا - فقال : كلوه ، فإن تسمية الله تعالى في قلب كل مؤمن ^(١) ، فصار
كذبيحة الأحرس والناسي ^(٢) .

ولئن سلمنا أنه متروك التسمية ، ولكن لم يحرم أكله ؟ .

قوله : النهي للتحريم - قلنا : كما هو للتحريم ، فهو للكراهة أيضا ، وحمله على
الكراهة أولى : كى لا يلزم التخصيص في الناسي .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ كلوا مما في الأرض ^(٣) - الآية ﴾ - وقوله تعالى :
﴿ إلا ما ذكيم ^(٤) ﴾ وهو الذبيح . وقوله تعالى : ﴿ قل لا أجد فيما أوحى
إلى ... ^(٥) - الآية ﴾ .

الجواب :

وأما سبب نزول [الآية] ^(٦) - قلنا : مُسَلِّمٌ أن سبب نزولها ما ذكرتم ، ولكن
لا يمنع صرف ظاهر النص إلى متروك التسمية ، والعبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب

(١ - ٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ١١٥٨ ص ٢١٠ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٦٢
ص ١٤١٣ - ١٤١٤ .

(٣) البقرة : ١٦٨ - ﴿ يا أيها الناس كلوا مما في الأرض حلالا طيبا ولا تتبعوا خطوات
الشیطان إنه لكم عدو مبين ﴾ .

(٤) المائدة : ٣ - ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة
والموقودة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيم وما ذبح على النصب ... ﴾ .

(٥) الأنعام : ١٤٥ - ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون
ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد
فإن ربك غفور رحيم ﴾ .

(٦) وهي ١٢١ من الأنعام : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ راجع فيما تقدم
الهامش ١ - ٢ ص ٢٨٠ . وراجع أيضا : ١١٨ و ١١٩ من الأنعام .

وَأَكَلَ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا فَلَسَقَ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا تَرْدَ شَهَادَتِهِ . وَأَمَّا الشَّرْكُ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ بِطَاعَةِ الْمُجَادِلِ فِي حُلِّ الْمَيْتَةِ ^(١) .

قوله : « لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ » يَقْتَضِي ذِكْرًا مَا ، فِي حَالَةٍ مَا - قُلْنَا : الْمُرَادُ : مَا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الذَّابِحِ فِي حَالَةِ الذَّبْحِ ، لِأَنَّ ذِكْرَ غَيْرِ الذَّابِحِ أَوْ فِي غَيْرِ حَالَةِ الذَّبْحِ مِمَّا لَا يَقِفُ عَلَيْهِ الْآكِلُ ، فَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِنْتِهَاءِ عَنْهُ .

قوله : الْمُرَادُ مِنْهُ : بَعْضُ مَا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ - قُلْنَا : الْمُرَادُ مِنْهُ : كُلُّ مَا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ، لِأَنَّ كَلِمَةَ « مِنْ » هَهُنَا لِلتَّمْيِيزِ وَبَيَانِ الْجِنْسِ ^(٢) وَإِنَّهُ لَتَأْكِيدُ النَّهْيِ ^(٣) ، عَلَى أَنَّ تَحْرِيمَ بَعْضٍ مَنَكِرٌ تَحْرِيمُ الْكُلِّ .

قوله : الذِّكْرُ كَمَا يَكُونُ بِاللِّسَانِ ، يَكُونُ ^(٤) بِالْقَلْبِ - قُلْنَا : بَلَى ، وَلَكِنْ الْمُرَادُ مِنْهُ الذِّكْرُ بِاللِّسَانِ ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ مِمَّا لَمْ يُذَكَّرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ وَالذِّكْرُ عَلَيْهِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِاللِّسَانِ ، لِأَنَّهُ يَكُونُ بِالْقَصْدِ ، فَلَا يَتَصَوَّرُ بِالْقَلْبِ .

قوله : وَجَدَ الذِّكْرَ بِاللِّسَانِ حَكْمًا ، لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ - قُلْنَا : الْأَصْلُ اعْتِبَارُ الْحَقِيقَةِ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ وَالْعَذْرِ ، وَذَلِكَ فِي الْأَخْرَسِ وَالنَّاسِي - أَمَّا هَهُنَا بِخِلَافِهِ .

قوله : لَمْ قَلَّمْتُ بِأَنَّ النَّهْيَ لِلتَّحْرِيمِ - قُلْنَا : لِأَنَّ النَّهْيَ طَلَبُ الْإِمْتِنَاعِ عَنِ النَّهْيِ عَنْهُ ، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالتَّحْرِيمِ .

قوله : حَمَلَهُ عَلَى الْكَرَاهَةِ أَوْلَى ، كَيْ لَا يُلْزَمُ تَخْصِصُ النَّاسِي - قُلْنَا : لَوْ حَمَلْنَاهُ عَلَى الْكَرَاهَةِ يُلْزَمُ تَخْصِصُ النَّاسِي / أَيْضًا ، لِأَنَّ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ نَاسِيًا لَا يَكْرَهُ أَكْلَهُ ، لَمَا رَوَى مِنْ الْحَدِيثِ .

١/١٠١

(١) رَاجِعُ : الشُّوْكَانِيُّ ، فَتَحُ الْقَدِيرِ ، ٢ : ١٥٧ - ١٥٨ .

(٢ - ٣) فِي الْمَعْجَمِ الْوَسِيطِ : أَنَّ مِنْ مَعَانِي « مِنْ » : الْفَصْلُ وَالتَّمْيِيزُ وَهِيَ الدَّخَالَةُ عَلَى ثَانِي الْمُتَضَادِّينَ كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمَصْلِحِ ﴾ وَمِنْ مَعَانِيهَا أَيْضًا تَوْكِيدُ الْعُمُومِ وَهِيَ الزَّائِدَةُ فِي نَحْوِ : مَا جَاءَنِي مِنْ أَحَدٍ - وَيَشْتَرِطُ أَنْ يَتَقَدَّمَهَا نَفْيٌ أَوْ نَهْيٌ أَوْ اسْتِفْهَامٌ بَهْلٌ ، وَأَنْ يَلِيَهَا نَكْرَةٌ نَحْوُ « مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « يَقُولُ » .

وأما قوله : ﴿ كلوا مما فى الأرض ﴾ (١) عام ، وما تلونه خاص ، والخاص يقضى على العام ، لما عُرف .

وأما قوله : ﴿ إلا ما ذكيت ﴾ (٢) فالتذكية هو الذبح على التسمية .

على أن ما تلونه إن كان مقدما كان بهذا منصرفا إليه وبيانا له . وإن كان متأخرا كان مثبتا للزيادة .

وأما قوله : ﴿ قل لا أجد ﴾ (٣) ليس المراد منه حصر المحرمات هـ بدليل أن الكلب حرام وهو غير مذكور فيه ، بل المراد نفى الحرمة عما سوى [المذكورات] (٤) ردا على الكفار فيما اعتقدوه .

١١٨ — مسألة : الجنين لا يتدكى بذكاة (٥) الأم .

والوجه فيه - أن ذبح الأم ليس بسبب لخروج الدم عن الجنين ، فلا يحل به الجنين ، قياسا على ما إذا خرج حيا ثم مات .

وإنما قلنا ذلك - لأنه يتصور بقاء الجنين حيا بعد ذبح الأم .

(١) البقرة : ١٦٨ - راجع الهامش ٣ ص ٢٨١ .

(٢) المائدة : ٣ . راجع الهامش ٤ ص ٢٨١ .

(٣) الأنعام : ١٤٥ . راجع فيما تقدم الهامش ٥ ص ٢٨١ .

(٤) « المذكورات » غير واضحة كلها فى الأصل . قال الشوكانى فى فتح القدير : ٢ : ١٧٢ : « أمره الله سبحانه بأن يحرمهم أنه لا يجد فى شئ مما أوحى إليه محرما غير هذه المذكورات ، فدل ذلك على انحصار المحرمات فيها لولا أنها مكية ، وقد نزل بعدها بالمدينة سورة المائدة ونزد فيها على هذه المحرمات النخنة والموقودة والمتردة والطليحة . وصح عن رسول الله ﷺ تحريم كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير وتحريم الحمر الأهلية والكلاب ونحو ذلك وبالجمله فهذا المعموم ... » .

(٥) الذكاة الذبح أو النحر . وفى الحديث « ذكاة الجنين ذكاة أمه » المعجم الوسيط . وكذا بلوغ المرام : رقم ١١٥٧ ص ٢١٠ وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٦١ ص ١٤١١ - ١٤١٢ .

ولو كان ذبح الأم سببا لخروج الدم عن الجنين لما تبصور بقاؤه حيا . وإذا بقي الدم في الجنين اختلط باللحم بحيث لا يمكن التمييز بينهما ، والدم حرام ، لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ﴾^(١) ، وما لا يمكن تناوله إلا بتناول الحرام ، كان حراما ضرورة .

فإن قيل : لا نسلم بأن الجنين إذا بقي فيه الدم يكون حراما .

وأما النص - قلنا : المراد منه - والله أعلم - الدم المسفوح^(٢) ، لأنه وإن كان مطلقا ولكن وجد نص مقيد وهو قوله تعالى : ﴿ أو دما مسفوحا ﴾^(٣) والمطلق يحمل على المقيد ، كما قلنا في الرقيق^(٤) .

ولئن سلمنا أن النص يقتضي تحريم مطلق الدم ، ولكن الله تعالى استثنى المذكي بقوله : ﴿ إلا ما ذكيت ﴾^(٥) والجنين مذكي بالذكاة الاضطرارية ، وهي ذكاة الأم ، كما أن الجرح ذكاة الصيد . ولأن كون المحل حلالا أو مذكي أمر حكمي ، لأنه عبارة عن الطهارة الشرعية ، فيسرى إلى الولد بالتبعية ، كالرق والحرية فيكون الجنين مذكي بذكاة الأم حكما .

(١) المائدة : ٣ - راجع الهامش ٢ ص ٢٨٣ .

(٢) سفع الدم سَفَحًا وسَفُوحًا سَفَكه - المعجم الوسيط .

(٣) الأنعام : ١٤٥ - راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٢٨٣ و ٥ ص ٢٨١ .

(٤) راجع « كتاب العتاق » فيما تقدم ص ١٤٤ وما بعدها و « كتاب الأيمان » ص ١٨١ وما بعدها - قال السمرقندى في التحفة ، ٢ : ٣٩٥ - ٣٩٧ : « والفصل الثالث - إعتاق الحمل . والأصل فيه أن الحمل يعتق بإعتاق الأم تبعا ، ويعتق بإضافة العتق إليه مقصودا أيضا ، لأنه أصل من وجه ، تبع من وجه ... » وأنظر فيما يلي ص ٢٨٥ ... » .

(٥) المائدة : ٣ - راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٢٨٣ - وفي المعجم الوسيط : ذكى الشاة ونحوها ذكمتها .

١٠١ ثم هذا معارض بما روى أبو سعيد الخدري / عن النبي ﷺ أنه قال : ذكاة الجنين ذكاة أمه » (١) - روى أبو عيسى الترمذى « حين سئل عليه السلام : إنا ننحر الجزور ونخرج من بطنها جنين ميت ، فنلقيه » (٢) أم نأكله ؟ فقال : كلوه ، فإن ذكاة الجنين ذكاة أمه » .

الجواب :

قوله : بأن النص مطلق قابله مقيد - قلنا : لا نتمسك بإطلاقه بل بعمومه .

قوله بأن الجنين مذكى - قلنا : لا نسلم .

وأما الذكاة الاضطرارية والاختيارية فهي [تفيد] الحل [إذ] وجد خروج الدم المنجس (٣) : فيحل - أما ههنا بخلافه .

قوله : كونه مذكى أمر حكيم فيسرى إلى الولد - قلنا : كونه تبعاً له : إن كان يقتضى الحل فقيام الدم به يوجب الحرمة مقصوداً ، فلا يثبت حكم التبعية ، كولد الرقيق : إذا أعتق : لا يثبت الرق فيه (٤) تبعاً - كذا هذا .

وأما الحديث - قالوا : المراد منه التشبيه .

والله أعلم .

١١٩ - مسألة : لحم الخيل مكروه كراهة تحريم .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزنة ﴾ (٥) - فنقول :

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٥ ص ٢٨٣ .

(٢) فى المعجم الوسيط : ألقى الشيء طرحة .

(٣) كذا فى الأصل « المنجس » .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٢٨٤ . والتحفة ، ٢ : ٣٩٥ .

(٥) النحل : ٨ .

الآية خرج الامتنان بذكر النعم ، والله تعالى ذكر الامتنان بنعمة الركوب والزينة . وترك الامتنان بنعمة الأكل . ولو كان حل الأكل ثابتا لما ترك الامتنان به ، لأن نعمة الأكل فوق نعمة الركوب والزينة ، لأن نعمة الأكل يتعلق بها البقاء دون غيرها ، ولا يحسن من الحكيم ترك الامتنان بذكر أعلى النعمتين والامتنان بذكر أدناها ، فيحرم أكله .

فإن قيل : قولكم بأن الحكيم لا يترك الإمتنان بأعلى النعمتين ويذكر أدناها - قلنا : المراد من النص ، والله أعلم ، ذكر الامتنان بنعمة مختصة بالخيل والبغال والحمير ، وذلك هو الحمل والركوب والزينة . أما نعمة الأكل [ف] لا تختص هذه الأشياء [بها] ، بل هي ثابتة في غيرها ، فترك الامتنان لا يدل على الحرمة .

ولكن سلمنا أن المقصد من النص الامتنان بمطلق النعمة ، ولكن لا نسلم بأن نعمة الأكل فوق نعمة الركوب والحمل .

قوله : بأنه يتعلق بها البقاء - قلنا : نعم ، ولكن غيره يسد مسده وهو البقر والغنم . أما منفعة الركوب والزينة في الخيل / [ف] منفعة لا يسد غيرها مسدها . ١/١٠٢

ثم التعليل معارض بالعمومات التي تثبت في متروك التسمية ، وبالحديث . وهو ما روى عن جابر بن عبد الله^(١) : « أن رسول الله ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل »^(٢) أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين .

(١) جابر بن عبد الله هو أحد المكثمين الرواية عن رسول الله ﷺ . ومن روى عنهم أبو بكر وعمر وعلى وأبو عبيدة ومعاذ . وروى عنه جماعات من أئمة التابعين منهم سعيد بن المسيب وعطاء وعمر بن دينار . وقد توفي بالمدينة سنة ٧٣ وقيل سنة ٧٨ وقيل سنة ٦٨ . وهو ابن أربع وتسعين سنة - النوى ، التهذيب .

(٢) - انظر : بلوغ المرام ، رقم ١١٣٥ ص ٢٠٦ . وسبل السلام : ٤ ، رقم ١٢٣٩ ، ص ١٣٨٧ .

الجواب :

أما قوله بأن المقصد منه الامتنان بالمنافع المختصة بهذه الأشياء - قلنا : وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء ولا يتعلق برجوع هذه المنافع إلى العباد ، على أن منفعة الركوب والزينة لا تختص بهذه الحيوانات بل توجد في غيرها وهو الجمل (١) .

قوله : لم قلتم بأن منفعة الأكل فوق غيرها - قلنا : لأنه يتعلق بها البقاء .

قوله : بأن غير الخيل يسد مسدها - قلنا : وغير الخيل (٢) أيضا يسد مسد الركوب والزينة على ما ذكرنا . فإذا ترك ذكر نعمة الأكل دل على حرمة الأكل .

وأما الحديث - قالوا بأنه معارض بقوله تعالى : ﴿ والعاديات ضبحا ﴾ (٣) - أقسم بالخيل لكونه آلة الجهاد ، فلا يجوز أكله تعظيما له .

(١) في الأصل كذا « الجمل » .

(٢) في الأصل كذا : « الحليل » .

(٣) العاديات : ١ . وضبحت الخيل صوتت أنفاسها في جوفها حين العدو - المعجم الوسيط . وانظر : الشوكاني ، فتح القدير ، ٥ : ٤٨١ - ٤٨٢ .

[١٤ مكررا - الأضحى]

١٢٠ - مسألة : الأضحى واجبة على الأغنياء البالغين المقيمين .

والوجه فيه - ما روى عن البراء (١) بن عازب قال : خطبنا النبي ﷺ يوم الأضحى بعد الصلاة فقال : « من صلى صلاتنا ونسك نسكنا فقد أصاب النسك . ومن نسك قبل الصلاة فلا نسك له . فقال : أبو بردة بن نيار (٢) خال البراء : يا رسول الله : إني نسكت شاق قبل الصلاة وعرفت أن اليوم يوم أكل وشرب وأحببت أن تكون شاق أول ما يذبح في بيتي فليحت شاق وتعديت قبل أن آتي الصلاة قال شاتك شاة لحم . قال يا رسول الله : فإن عندنا عتاقا (٣) هي أحب إلى من شاتين أفتجزئ عني ، قال نعم ، ولن تجزئ عن أحد بعدك » متفق على صحته :

٢/١٠٢ : وروى جرير بن عبد الله / البجلي (٤) : قال : صلى ﷺ يوم النحر ثم خطب ثم ذبح وقال : « من ذبح قبل أن يصلي فليذبح أخرى مكانها ومن لم يذبح فليذبح باسم

(١) في الأصل كذا : « البر » - وانظر : ابن قدامة ، المغنى ، ٨ : ٦٣٧ . استصغره رسول الله ﷺ يوم بدر وجماعة . وقيل أول غزوة شهداها الخندق . وقيل إنه افتتح الرى سنة ٢٤ صلحا أو عنوة . وشهد مع على كرم الله وجهه الجمل وصفين والنهروان ثم نزل الكوفة ومات بها أيام مصعب بن الزبير - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(٢) أبو بردة بن نيار اسم هاني بن نيار وهذا قول أهل الحديث وقيل هاني بن عمرو وهذا قول أبي اسحاق . وقيل بل اسمه الحارث بن عمرو . كان رضى الله عنه عقيبا بدنها شهد العقبة الثانية مع السبعين في قول موسى بن عقبة وابن اسحاق والواقدي وأبو معشر . شهد بدرا وسائر المشاهد وكانت معه راية بنى حارثة في غزوة الفتح . قال الواقدي : تولى في أول خلافة معاوية بعد شهوده مع على حروبه كلها - ابن عبد البر - الاستيعاب .

(٣) الضاق الأنثى من أولاد المميز والغنم حين الولادة إلى تمام الحول - المعجم الوسيط .

(٤) جرير بن عبد الله البجلي . يكنى أبا عمر وقيل أبا عبد الله . وقيل إنهم من ولد أثمار بن نزار . وأمههم بجيلة نسبوا إليها وهى بجيلة بنت صعب بن على بن سعد العشيرة . قال ابن اسحاق : كان سيد قبيلته . أسلم في العام الذى توفى فيه رسول الله ﷺ . ونسب إليه قوله : إنه أسلم قبل =

الله» (١) متفق على صحته : أمر ، والأمر يقتضى الوجوب .

فإن قيل : لا نسلم بأن الأمر للوجوب .

ولئن سلمنا أن الأمر للوجوب ، ولكن يجوز حمله على الندب إذا دل الدليل ، وقد دل الدليل ، وهو الكتاب والسنة والحكم :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ والبدن جعلناها لكم ﴾ (٢) وكونه مشروعاً لنا ينفي كونه واجباً علينا .

أما السنة - [ف] قوله عليه السلام : « ثلاث كتبت على وهى لكم سنة » وفى رواية « ولم تكتب عليكم : الوتر والضحي والأضحى » (٣) وقوله عليه السلام : « ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم » والسنة لا تكون واجبة .

= موت رسول الله ﷺ بأربعين يوماً . قيل وبعته رسول الله ﷺ إلى ذى كلاع وذى رعين باليمن . نزل الكوفة وسكنها ومات سنة ٥٤ أو ٥١ . وكان رسول على رضى الله عنه إلى معاوية رحمه الله ، فحبسه مدة طويلة . ثم رده برق مطبوع غير مكتوب . وروى عنه أنس بن مالك وقيس بن أبى حازم وغيرهما - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(١٠) الحديث وهو قوله عليه السلام : « من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته . ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين » وقال عليه السلام : « إن أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية » الهداية ، ٤ : ٥٣ - ٥٤ .

وانظر : بلوغ المرام ، رقم ١١٦٠ و ١١٦١ ص ٢١١ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٦٥ و ١٢٦٦ ص ١٤١٦ - ١٤٢٠ . وفى سبل السلام ، ٤ : ١٤١٨ : « .. عن جندب بن سفيان هو أبو عبد الله جندب بن سفيان البجلي الطقمى الأحسى » . وابن قدامة ، المغنى ، ٨ ، ٦٣٧ .

(٢) الحج : ٣٦ - ﴿ والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير ﴾ .

(٣) فى سبل السلام ، ٤ : ١٤١٧ : « .. أخرجه البيهقى أيضاً من حديث ابن عباس أنه قال ﷺ : « ثلاث هن على فرض ولكم تطوع ، وعد منها الضحية .. » وأخرجه أيضاً من طريق أخرى بلفظ : « كتب على النحر ولم يكتب عليكم » وفى ابن قدامة ، المغنى ، ٨ : ٦١٨ : « .. روى الدارقطنى عن ابن عباس بإسناده عن النبى ﷺ قال : « ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع » وفى رواية « الوتر والنحر وركعتا الفجر » .

(طريقة الخلاف فى الفقه - م ١٩)

وأما الحكم - فإنه يحل تناول لحم الأضحية ، فلو كان [ت] واجبة لكانت واجبة خالصة لله تعالى ، لقوله عليه السلام : « من عمل عملاً أشرك فيه غيري فهو للذي أشرك » وحل الأكل منه ينفي الخلوص لله . ولأننا أجمعنا على أنه لو فاتت عن وقتها لا يجب القضاء ، ولو كانت واجبة لوجب القضاء كسائر الواجبات . وكذلك أجمعنا على أنه لا يجب على المسافر ، ولو كانت واجبة لوجبت عليه ، لأنها عبادة مالية لا تسقط بالسفر ، كالزكاة وصدقة الفطر .

الجواب :

أما الآية - قلنا : لا نسلم بأن كونه واجبا علينا ينافي كونه مشروعاً ، بل يقرره ، لأن المقصود من إيجابها إقامة المصالح للعباد ، فلا ينفي كونه واجباً علينا .

وأما الحديث الأول والثاني - فتسميته سنة لا ينفي الوجوب ؛ لأن الواجب يسمى سنة بمعنى أنه طريق رسول الله ﷺ .

على أن ما روينا من الأحاديث متفق على صحتها ، فلا يعارضها الحديث الضعيف .

قوله : يحل الأكل منه - قلنا : بلى ، ولكن لم ينفي الوجوب ؟ .

قوله : الواجب ما يكون خالصاً لله . - قلنا : هذا باطل بالزكاة ، فإنها فريضة

١/١٠١ شرعت / لنفع العباد - كذا هذا / على أن الواجب فيه إراقة الدم لا غير .

قوله : لو فاتت لا يجب قضاؤها - قلنا : هذا باطل بالجمعة ، فإنها واجبة ، ولو

فاتت لا يجب قضاؤها ، لأن الجمعة عبارة عن ركعتين مع الخطبة ، على أنه يجب التصديق بقيمته .

وأما عدم الوجوب على المسافر فلأن الإقامة من ^(١) شرطه ، كالجمعة .

(١) قال السمرقندي في التحفة ، ٣ : ١١٣ : « قال أصحابنا : إن الأضحية واجبة على المقيمين من أهل الأمصار والقرى والبادي ، من الأعراب والتركمان .. وأجمعوا أنها لا تجب على المسافرين » .

كتاب الهبة

١٢١ - مسألة : هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم ولا تفيد^(١) الملك قبل القسمة . وعنده تامة^(٢) .

وأجمعوا على أن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة ، كالعبد والدابة ، تامة .
والوجه فيه - أن هذه الهبة لو أفادت الملك قبل القسمة لا يخلو : إما أن تفيد ملكا يمكنه من جميع الانتفاعات المختصة بالملك في هذا المحل المتحققة قبل القسمة وبعدها ، أو تفيد ملكا يمكنه من الانتفاعات التي [ت] تتحقق قبل القسمة دون ما يتحقق بعد القسمة .

لا وجه للأول - لأن الانتفاع الذي^(٣) لا يتعلق بالقسمة لا يتحقق إلا بعد القسمة . ولو تمكن من ذلك ، لثبت له ولاية طلب القسمة ، وليس له ذلك بالإجماع .

ولا وجه للثاني - لأن الملك في كل محل ، ما شرع إلا مفيدا ولاية كل الانتفاعات المشروعة التي يقبلها المحل .

فإن قيل : لم قلتم بأنه لا يجوز أن تفيد ملكا يمكنه من جميع الانتفاعات قبل القسمة وبعدها ؟ .

قوله : لأنه حينئذ يثبت له ولاية طلب القسمة وليس له ذلك - قلنا : لا نسلم بأنه ليس له ذلك . ودعوى الإجماع باطل ، بل له ذلك .

(١) في الأصل : « لا يتم ولا يفيد .. » انظر العبارة التالية .

(٢) راجع : السمرقندي ، التحفة ، ٣ : ٢٥٧ وما بعدها والهامش ١ ص ٢٩٤ فيما يلي .

(٣) في الأصل : « التي » .

بيانه : إن حق طلب القسمة للموهوب له إنما يُثبت تملك الموهوب له الباقي بعد الهبة^(١) ، والمالك الباقي بعد الهبة غير مضاف إلى الهبة حتى يكون حق الطلب مضافا إلى الهبة . وهذا لأن الملك إنما يفيد له ولاية طلب القسمة ليتمكن من الانتفاع به على الكمال وهذا إنما يكون في الزمان الثاني من زمان الهبة . وبقاء الملك لا يضاف إلى الهبة ، لأن المضاف / إلى السبب ثبوت الحكم لا بقاءه . ٢/١٠٣

والدليل على ثبوت ولاية طلب القسمة أنه لو وهب كل الدار من رجل ، ثم رجع في النصف شائعا ، جاز عندكم ويبقى للموهوب له الملك في النصف الشائع بالهبة على وجه يفيد ولاية طلب القسمة - دل عليه أنه لو أوصى بثلث داره شائعا ، يصح ويثبت الملك قبل القسمة ، ولا فرق بين الهبة والوصية إلا من حيث إن هذا تملك في الحال وذاك تملك عند الموت .

فإذا كان المشاع قابلا للملك في الوصية ، كان قابلا له في الهبة .

ولئن سلمنا أنه لا يثبت ملك يمكنه من جميع الانتفاعات ، لم لا يثبت ملك يفيد^(٢) ولاية الانتفاعات التي تتحقق قبل القسمة .

قوله : لم يشرع ذاك - قلنا : لا نسلم ، بل المنقول عن الشافعي ثبوت الملك قبل القسمة ، ولأن فائدة الملك هو الانتفاع ، والانتفاع بالمشاع قبل القسمة متصور انتفاعا يليق به .

ثم التعليل معارض بما روى عن النبي ﷺ أنه لما دخل المدينة نظر إلى موضع

(١) هذا نقد لقوله في المسألة : إن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم ولا تفيد الملك قبل القسمة . وخلاصة هذا النقد أن الملك في هذه الصورة يثبت بعد القسمة أى بعد الهبة فكيف يضاف إلى الهبة ؟ .

(٢) في الأصل : « تعيد » أو « يفيد » وسيأتى في الجواب التعبير بكلمة « يفيد » .

المسجد فوجده مشتركا بين أسعد بن زرارة^(١) وبين رجلين فاستباع أسعد نصيبهما ليهب الكل من رسول الله ﷺ فأبيا ، فوهب أسعد نصيبه منه وقبل النبي ﷺ .

الجواب :

قوله : إن حق طلب القسمة إنما يثبت بملك الموهوب له ، والملك بعده غير مضاف إلى الهبة - قلنا : لا نسلم ، بل لزوم القسمة مضاف إلى الهبة ، لأنه حكم الملك الثابت بالهبة ، فكان مضافا إلى الهبة .

بيانه - أن استحقاق القسمة باعتبار استحقاق الانتفاع على سبيل الكمال ، وإنه حكم الملك ، والملك حكم الهبة ، فكان مضافا إلى الهبة بواسطة^(٢) .

وأما إذا وهب كل الدار ثم رجع في النصف - قلنا : الملك الثابت للموهوب له في الكل يفيد ولاية جميع الانتفاعات التي يقبلها المحل . فإذا رجع في النصف شائعا بقي عين ذلك الملك ، ولم يتغير ، فبقي / مفيدا ولاية القسمة .

وأما الوصية - قلنا : الوصية عقد استخلاف لا تملك ابتداء ، فإذا صار الموصي له خلف المورث كواحد من الورثة ، ثبت له من الملك ما كان ثابتا لمورثه - أما ههنا بخلافه .

قوله : لم لا يثبت له ملك يمكنه^(٣) من الانتفاعات المتحققة قبل القسمة ؟ قلنا : لما ذكرنا .

(١) أسعد بن زرارة كان عقيقا نقييا شهد العقبة الأولى والثانية وباع فيها ومات على رأس سنة أشهر من الهجرة ومسجد رسول الله ﷺ يبنى يومئذ . وذلك قبل بدر ودفن بالبيع . وهو أول مدفون من الأنصار به ، وقيل إنه أسلم مع النفر الستة الذين سبقوا قومهم إلى الإسلام بالعقبة الأولى - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(٢) وسط الشيء صار في وسطه والوسط طرف بمعنى « بين » . ووسط الشيء فهو واسط ووسط القوم وفهم وساطة توسط بينهم بالحق والعدل - المعجم الوسيط .

(٣) في الأصل : « لا يمكنه » راجع ما تقدم .

قوله : عند الشافعى يجوز - قلنا : ليس كذلك - بل المنقول عنه أن هذه الهبة في إفادة الملك مثل هبة مشاع^(١) لا يقسم .

وأما الحديث - قلنا : يحتمل أنه وهب ولم يسلم حتى ملك الباقي فسلم^(٢) الكل . وعند ذلك يثبت الملك عندنا .

١٢٢ - مسألة : الهبة من الأجنبى لا تقع لازمة ، حتى يملك الواهب الرجوع فيه . وعنده لازمة . وأما الوالد إذا وهب لولده فالخلاف على عكس هذا . وأجمعوا على أنه لو وهب لزوجته أو لذى رحم محرم منه ، لا يملك الرجوع .

والوجه فيه - أن الهبة عقد قابل للفسخ ، وقد فات غرض العاقد ، فيثبت حق الفسخ ، قياسا على ما إذا اشترى عبدا فوجده معيبا .

وإنما قلنا إنه عقد قابل للفسخ - لأننا أجمعنا على أنهما لو تفاسخا عقد الهبة يفسخ ، ولو لم يكن قابلا للفسخ لما انفسخ .

وإنما قلنا إن غرض العاقد قد فات - وذلك لأن غرض الواهب المجازاة من الموهوب له : إما بطريق التودد أو بطريق المعاوضة ، لأنه لو لم يكن هذا غرضه ، لما أقدم على الهبة ، لما فيه من الضرر . ولو حصل غرضه لما أقدم على الرجوع . ولأن الكلام فيما إذا امتنع الموهوب له عن المجازاة ، فثبت حق الرجوع .

فإن قيل : قولكم بأن غرض الواهب المجازاة المالية^(٣) - قلنا : لا نسلم ، بل

(١) قال في التحفة : ٣ : ٢٥٧ : « وقال الشافعى : هبة المشاع جائزة » (أى مطلقا سواء كان يحتمل القسمة أو لا يحتمل القسمة) وقال ابن قدامة فى المغنى : ٥ : ٦٥٥ : « فصل - ونصح هبة المشاع ، وبه قال مالك والشافعى . قال الشافعى سواء فى ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن . وقال أصحاب الرأى : لا تنصح هبة المشاع الذى يمكن قسمته .. فإذا كان مما لا يمكن قسمته صححت هبته ... » .

(٢) هذه الكلمة « فسلم » غير ظاهرة كلها فى الأصل .

(٣) فى الأصل : « المالى » .

الغرض منه اكتساب الحمد والثناء ، والثواب - هذا هو عادة أغلب الناس ، أما اللثام فلا يبنى الحكم على عاداتهم - دل عليه أنه لو جازاه بشيء يسير لا يبقى له حق الرجوع بالإجماع ، على أن الغرض ما هو الذي (١) ذكرتم .

ولئن سلمنا أن الغرض ما ذكرتم ، ولكن لم قلت / بأنه فات غرضه ؟ وهذا لأن الموهوب له ما دام حيا لا يقع اليأس عن المكافأة وصار هذا كما إذا زاد الموهوب زيادة متصلة أو هلك أو مات أحد العاقدين ينقطع حق الرجوع في هذه الصور ، ولو كان حق الرجوع ثابتا لما سقط بهذه الأشياء .

ثم التعليق معارض بالنص والمعقول :

أما النص - [ف] ما روى عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « العائد في هبته للعائد في قيئه » (٢) متفق على صحته . وروى أبو داود وأبو عيسى بإسنادهما عن عبد الله بن عباس يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ قال : « لا يحل لأحد يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » - زاد أبو داود « ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه » (٣) .

وأما المعقول - وهو أن الرجوع في الهبة إبطال ملك معصوم بغير رضا المالك : لأن (٤) ملكه قد تم . ولهذا لو كانت جارية حل له وطؤها ونفذ إعتاقها ، فلا يجوز إبطال ملكه المعصوم ، كسائر أملاكه ، وصار هذا كهبة المحارم .

(١) في الأصل قد تكون « للذي » مع اشتباك الحروف ببعضها - انظر العبارة التالية .

(٢) في بلوغ المرام ، رقم ٧٨٧ ، ص ١٤٢ : « العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه » متفق عليه . وفي رواية للبخاري : « ليس لنا مثل السبب ، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه .

(٣) في بلوغ المرام ، رقم ٧٨٨ ، ص ١٤٢ : « لا يحل لرجل مسلم أن يعطي العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » وفيه رقم ٧٩٦ ص ١٤٤ : « من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب عليها » .

(٤) في الأصل كذا : « إلا أن ملكه » .

الجواب :

قوله : لم قلت بأن غرضه المعاوضة ، بل غرضه الثواب أو الثناء - قلنا : لما أقدم على الهبة وفيها إزالة ملكه الذى يتعلق به مصلحة البقاء ، دل أن غرضه الوصول إلى مصلحة البقاء ، وهذا أبلغ فى السببية من غير [ه] ، فإضافة الأثر إليه أولى .

قوله : بأنه عادة اللثام - قلنا : لا نسلم ، بل هو عادة أوساط الناس ، والحكم يبنى عليها .

وأما إذا عوضه بشئ يسير - قلنا : لأنه لما قبله علم أن غرضه كان هذا القدر ، أما قبل القبول فلا .

قوله - لم قلت بأنه فات غرضه - قلنا : لأن الواهب لما أقدم على الرجوع دل أن احتمال الوصول إلى غرضه قد فات للأمارات التى دلت عليه ، وليس للواهب المطالبة بالعوض .

وأما إذا ازداد الموهوب - قلنا : لأن ثم تعذر الرجوع لمكان الزيادة التى لم تكن / ١٠٥/١ : موجودة عند العقد .

وأما إذا مات الواهب - فحق الرجوع ليس مما يورث .

وأما إذا مات الموهوب له - فكذلك طلب العوض^(١) من الوارث لا يجوز .

وأما إذا هلك الموهوب - فلأن المحل فات .

وأما هبة المحارم ، فلأن الغرض قد حصل ، وهو صلة الرحم - أما ههنا بخلافه .

وأما الأحاديث - قلنا : الأحاديث تقتضى قبح الرجوع - ودل عليه أنه روى فى

(١) فى الأصل كذا : « العرض » .

رواية أنه شبه بالكلب^(١) ، وفعله لا يوصف بالحل والحزمة بل بالقبح ، ونحن نقول به ، ولكن لو فعل صح .

وأما قوله : إنه إبطال ملك معصوم - قلنا : ليس هو ملك لازم ، بل مشروط بشرط خيار الإبطال عند فوات الغرض لما قلنا ، على أنه لا يطله بنفسه بل بالمرافعة إلى القاضي ، فيطله القاضي^(٢) .

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٢٩٥ .

(٢) في الهامش كلمتان غير مقروعتين . ولعل المقصود بهما « رجع عليه » كما تقدم في بعض المواضع .

كتاب البيوع

١٢٣ - [مسألة] : البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به .

والبيع الفاسد هو بيع الدرهم بالدرهمين ، والبيع بثمن مجهول ، وبالخمر وغيرها .
والوجه فيه - أن مقابلة الدرهم بالدرهمين بقوله « بعث » و « اشترت » تصرف
بيع ، فوجب أن لا يعرى عن إفادة الملك ، قياسا على بيع الدرهم بالدرهم .
وإنما قلنا ذلك - لأنه متصور الوجود ، بدليل ورود النهى فيه ، والنهى إنما يكون عن
المتصور ، أما عن المحال فلا .

وإذا كان كذلك وجب أن لا يعرى عن إفادة الملك ، لأن البيع في الشرع اسم
لنوع تصرف جعل علما على ثبوت الملك ، وقد وجد .
فإن قيل : قولكم بأنه تصرف بيع - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه متصور - قلنا : لا نسلم . وبيان عدم التصور أن البيع تمليك ، والتمليك
بدون الملك لا يتصور ، والملك قبل القبض لم يثبت ، فلا يثبت وقت القبض ، لأنه قول
تلاشى وانعدم .

قوله : نهى والنهى يقتضى التصور - قلنا : لا نسلم بأنه نهى ، بل هو نسخ ، لأنه
أضاف إلى الفعل الشرعى ، فيكون نهيا صورة نسخا معنى .

٢/١٠٥ ولئن / سلمنا أنه نهى ولكن عن البيع أو عن غير البيع ؟ ع - وهو يخالف
مذهبكم ، لأن عندكم النهى عن الشرعيات نهى عن أغيارها^(١) . والثاني^(٢) مسلم ،
ولكنه لا يقتضى تصور البيع .

(١) كذا تبدو في الأصل .

(٢) في الأصل كذا : « والثا » .

ولئن سلمنا أنه تصرف بيع ، ولكن لم قلتم بأنه لا يعرى عن إفادة الملك ؟ .

قوله : بأن البيع في الشرع اسم لنوع تصرف جعل علما على ثبوت الملك - قلنا : كل البيوع أم بعضها ؟ ع م . وهذا لأن سبب الملك هو البيع الصحيح دون الفاسد . والدليل على أن هذا البيع لا يفيد الملك ، لأنه يفيد التملك عندكم في القيمة لا في المسمى^(١) ، والبيع ورد على المسمى . ولأننا أجمعنا على أنه يستحق نقضه ، ولو كان دارا لا يثبت فيها حق الشفعة ، ولو باع بالميتة والدم لا يفيد الملك ، ولو باع الخمر بالثوب كان باطلا^(٢) ، وصار كالنكاح الفاسد ، فإنه لا يفيد ملك النكاح - كذا هذا . ولأننا أجمعنا على أن البيع لو كان جارية لا يحل له وطؤها - وكل ذلك دليل انتفاء الملك .

الجواب :

أما قوله بأن البيع تمليك ، والتمليك بدون الملك لا يتصور - قلنا في الحال أم في الجملة ؟ م ع . وعندنا يفيد الملك في الجملة ، وهو ما بعد القبض .

قوله : بأن هذا نهى أم نسخ ؟ - قلنا : نهى بصيغته حقيقة .

قوله : النهى عن الفعل الشرعى نسخ ؟ قلنا : بلى ، هو نهى لغيره لا لعينه ، على ما عرف .

قوله : نهى عن عين البيع أو عن غيره - قلنا : سواء كان عن عينه أو عن غيره لا يمنع التصور .

قوله : كل البيوع سبب للملك أم بعضها - قلنا : كلها - لقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾^(٣) .

(١ - ٢) التعبير الموجود في كتب الفقه - في حدود علمنا : بالقيمة لا بالمسمى -

انظر - : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٨٣ - ٨٤ .

(٣) البقرة : ٢٧٥ . وفي الأصل : « أحل » .

قوله : لا يفيد الملك في المسمى - قلنا : لما ثبت أن البيع يفيد الملك وهنا لا يفيد في المسمى فيفيد في القيمة^(١).

قوله : يستحق نقضه - قلنا : لأنه جاوره الحرام .

وإنما لا تثبت الشفعة لأن هذا الملك واجب النقص .

وأما إذا باع بالميتة - قلنا : هذا ليس ببيع لعدم المال في مقابلته - أما ههنا بخلافه .

وأما إذا باع الخمر بالثوب - قلنا : ثم أيضا يفيد الملك^(٢) .

وَأما النكاح الفاسد / أيضا - [ف] يفيد الملك ، ولهذا يثبت النسب وتجب العدة^(٣) . ١/١٠٦

وأما حل الوطء - قلنا : إذا ثبت الملك يقع التصرف مباحا في نفسه ، وإن كان حراما لغيره ، كوطء الحائض .

١٢٤ - مسألة : إذا باع قفيز حص بقفيزي حص ، لا يجوز .

والوجه فيه - أن هذا بيع لا يعرى عن المنازعة ، بقضية الدليل ، فوجب القضاء بفساده ، قياسا على قفيز حنطة بقفيزي حنطة .

وإنما قلنا ذلك - لأنه بيع لا يعرى عن الفضل على المساواة عرفا ، لأن القفيز الواحد من الجص مثل القفيز الواحد عرفا ، فكان الزائد فضلا ، فيؤدى إلى المنازعة ، لأن الذى شرط له الفضل يطالبه بالتسليم ، ومن شرط عليه امتنع تحرزا عن الضرر ، فيؤدى إلى

(١) راجع فيما تقدم الهامش ١ - ٢ ص ٢٩٩ .

(٢) راجع : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٨٣ وما بعدها .

(٣) راجع السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ١٧٤ وما بعدها .

المنازعة ، والمنازعة ضرر ، لما فيها من الإجحاش^(١) ، لأنها مانعة من التسليم والتسلم ، فيفوت الغرض المطلوب من البيع ، فيفسد^(٢) البيع .

فإن قيل : قولكم بأن الفضل يؤدي إلى المنازعة - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأن من شرط عليه الفضل يمتنع عن التسليم تحرزا عن الضرر - قلنا : لا نسلم ، بل يقدم على التسليم لاحتمال أن يكون مقابلا بالجودة ، نظرا إلى ظاهر حاله ، لأن العاقل لا يتحمل محض الضرر ، أو يقدم على التسليم إنعاما على صاحبه ، أو لأن عقله ودينه يحملانه على التسليم الذي التزمه^(٣) بالعقد .

ولئن سلمنا أنه مفض إلى المنازعة ، ولكن لم قلتم بأنه لا يجوز ؟ .

قوله : لأنها مانعة من التسليم والتسلم - قلنا : إنما يمتنع التسليم إذا لم يكن لهذه المنازعة قاطع ، أما إذا كان فلا ، وهذه المنازعة لها قاطع وهو المرافعة إلى القاضي - دل عليه أنه لو باع ما يساوي ألفا بعشرة يصح ، وإن وجد دليل المنازعة وهو الضرر ، لكن لما كان له قاطع لا يفسد - كذا هذا ، وصار كما إذا باع جوزة بجوزتين أو بيضة ببيضتين أو تفاحة بتفاحتين ، فإنه يحق عندكم مع ما ذكرتم .

الجواب :

أما قوله بأنه يستفيد الجودة - قلنا / : عنه جوابان : أحدهما - أنا نفرض الكلام فيما إذا باع الجيد بالجيد والردى بالردى . والثاني - إن صفة الجودة لا تعدم الضرر الناشئ من الفضل ، لأنها لا تبلغه غالبا .

وأما غرض الإنعام - فالعقد لا يدل عليه ، لأنه عقد معاوضة ، لا عقد تبرع .

(١) في الأصل كأنها كذلك دون أى نقط . وأوحش فلان جاع وتقد زاده . والوحشة من الناس الانقطاع وبعد القلوب عن المودات - المعجم الوسيط .

(٢) في الأصل كذا : « فقد » .

(٣) في الأصل كذا : « للتره » - انظر ما يرد بعد في الجواب وفي قوله : « على التسليم

الملتزم » .

قوله : بأن عقله ودينه يحملانه على التسليم الملتزم - قلنا : ذاك يحتمل ، وما ذكرناه من ضرر المنازعة قطعى ، والقطعى لا يعارضه^(١) المحتمل .

قوله : إنما يمتنع التسليم إذا لم يكن لهذه المنازعة قاطع ، ولها قاطع وهو المرافعة إلى القاضى - قلنا : يحتمل أنه يرافع إلى القاضى ويحتمل أنه لا يرافع لما فيه من المشقة وضرر الخصومة ، على أنه لا يجب على القاضى تكليفه بالتسليم ، لأن فيه ضررا^(٢) ، بل له أن يفسخ البيع دفعا للضرر .

وأما إذا باع ما يساوى ألفا بعشرة - قلنا : لا منازعة . ثم يجوز أن يتعلق غرضه بغير الدراهم ولا يشتري بقيمة المثل ، فيتحمل الغبن تحصيلًا لغرضه - أما ههنا بخلافه .
وأما بيع الجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين - فممنوع . ولكن سلم ، فلأن التساوى فى تلك الفصول دون التساوى ههنا .

١٢٥ - مسألة : التقابض فى بيع الطعام بالطعام ليس بشرط لجواز البيع .

والوجه فيه - أن التقابض فى المجلس لا يقف عليه ركن البيع ، وهو الإيجاب والقبول ولا المصلحة المطلوبة من البيع ، وهى التمكن من الانتفاع بالمبيع ، لأن التمكن من الانتفاع ثابت قبل القبض بواسطة القبض - لهذا المعنى صح العقد فى غير المطعوم بدون القبض ، فيصح هنا .

فإن قيل : هذا باطل بعقد الصرف ، فإنه لا يصح بدون التقابض مع ما ذكرتم .
ثم نقول : لا نسلم بأن التقابض لا يقف عليه مصلحة البيع .

قوله : لأن التمكن من الانتفاع ثابت بواسطة القبض - قلنا : متى - إذا تمكن من القبض أم إذا لم يتمكن ؟ م ع - وظاهر أنه لا يتمكن ، لأنه يتوقف على سلامة الآلة للمشتري وبقاء المحل وعدم الندامة من البائع .

(١) فى الأصل : الظاهر أنها كانت « لا يعارض » ثم صححت إلى « لا يعارضه » .

(٢) فى الأصل : « ضرر » .

١/١٠٧ ولن سلمنا أن القبض في المجلس لا يقف عليه ركن البيع / ولا مصلحته ولكن لم قلتم بأنه لا يفسد البيع ، لانعدام القبض ، وظاهر أنه يفسد لوجهين : أحدهما - تمكن شبهة الربا (١) ، لأن للنقد (٢) فضلا على النسيئة بالعرف (٣) . والثاني - الفرر لاحتمال هلاك المعقود عليه .

ثم هذا معارض بما روى عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يدا بيد . فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد » (٤) - وفي لفظ « عينا بعين - فمن زاد أو ازداد فقد أرى » (٥) أخرجه مسلم في صحيحه وفي حديث عمر : « البر بالبر ربا إلا هاء وهاء . والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء » (٦) متفق على صحته .

الجواب :

أما عقد الصرف - قلنا : ثم تمام العقد والمصلحة المطلوبة منه يقف على القبض ، لأن الانتفاع ثمة لا يحصل إلا بالتعين ، لأن الدراهم والدنانير عندنا لا يتعينان ، فلا بد من القبض ، ليحصل التعين ، فيحصل الانتفاع - أما ههنا بخلافه .

(١) سيأتي فيما بعد أن « حقيقة الربا هو الفضل من كل وجه ، وشبهة الربا الفضل من وجه » (انظر فيما يلي ص ٣٠٩ في المسألة ١٢٧ .

(٢) في الأصل : « النقد » .

(٣) كلمة « بالعرف » غير واضحة كلها .

(٤) راجع : بلوغ المرام ، رقم ٦٩٦ ، ص ١٢٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٧٨٤ ص ٨٤٥ والسرخسي ، المبسوط ، ١٢ : ١١٠ .

(٥) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٦٩٧ ص ١٢٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٧٨٥ ص ٨٤٦ وفيهما : « ... فمن زاد أو استزاد فهو ربا » رواه مسلم .

(٦) أورد الشوكاني في نيل الأوطار ، ٥ : ١٦٣ - ١٦٦ الحديث على الوجه الآتي : « عن عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله ﷺ : الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء » متفق عليه .

ولا يلزم على هذا ما إذا باع القلب بالقلب^(١)، فإنه يشترط القبض، وإن كان يتعين، لأننا نقول هذا فرد الحقناه بالجملة.

قوله: لم قلت بأن التمكن من القبض ثابت - قلنا: لسلامة الآلات وزوال المانع. أما سلامة الآلات فظاهر. وكذا زوال المانع، لأن المانع يقدم على التسليم، لحصول الثمن غالبا وظاهرا.

قوله: بأن فيه شبهة الربا لكون النقد. [فيه فضل على النسيئة بالعرف] ^(٢) - قلنا: لا نسلم، بل هو نقد، لأن ما يكون قادرا على قبضه فهو نقد وليس بنسيئة. وأما الغرر فذاك لا يوجب فساد العقد حالة العقد، وإنما يفسخ العقد بعد هلاك المعقود.

وأما الأحاديث فيعارضها قوله^(٣) تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾^(٤) مطلقا من غير فصل. غاية ما في الباب أن هذا عام وذاك خاص - ولكن هذا كتاب وذاك حديث، والكتاب أولى.

١٢٦ - مسألة: إذا باع درهما ودينارا بدرهمين ودينارين أو باع كر حنطة وكر شعير بكرى حنطة / وكرى شعير - يصح البيع ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس.

والوجه فيه - أن هذا بيع عرى عن الربا، فوجب القول بصحته، قياسا على ما إذا نص على مقابلة الدرهم بالدينارين والدينار بالدراهمين.

(١) القلب السوار يكون نظما واحدا - المعجم الوسيط.

(٢) هذه العبارة مأخوذة مما تقدم.

(٣) في الأصل: «بقوله».

(٤) البقرة: ٢٧٥. وفي الأصل: «أحل» - راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٢٩٩.

وإنما قلنا ذلك لأن هذا بيع الجنس بخلاف الجنس ، فلا يتحقق فيه الربا ، لأن الربا هو الفضل على المساواة من حيث المالية ، وذلك لا يتحقق إلا عند المجانسة .

وإنما قلنا إن هذا بيع الجنس بخلاف الجنس ، وذلك لأنه جاز أن يراد به مقابلة الجنس بخلاف الجنس - بدليل أنه لو نص على ذلك وفسر يصح ، والشئ لا يفسر بما لا يحتمله وإذا جاز يحمل عليه ، لدلالة الدليل ، وهو ظاهر حاله .

فإن قيل : قولكم بأنه جاز أن يراد به مقابلة الجنس بخلاف الجنس - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه تغير وصف الإطلاق ، ولا يجوز تصحيح تصرف العاقل بتغيير وصف تصرفه .

والدليل على أنه لا يجوز - المعقول والأحكام :

أما المعقول - وهو أن الواجب تصحيح تصرفه على الوجه الذى باشره وقصده لا على خلافه وهو قصد المقابلة المطلقة ، بقضية^(١) اللفظ ، فتغييره إلى مقابلة الجنس بخلاف الجنس فسخ تصرفه وإنشاء تصرف آخر ، وذا لا يجوز .

وأما الأحكام - أجمعنا على أنه لو باع ثوبا ودرهما بدرهم وثوب واقترا من غير قبض ، لا يجوز ، وإن أمكن تصحيحه بصرف الدرهم إلى الثوب والثوب إلى الدرهم .

وكذا لو اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا قيمته عشرة بعشرة ، ثم باعهما بربح عشرين ، لا يجوز ، وإن أمكن تصحيحه بصرف كل الربح إلى الثوب .

ولئن سلمنا أنه عرى عن الربا ، ولكن لم قلتم إنه عرى من شبهة الربا ، وشبهة الربا مانعة جواز العقد ، فإنه لا يجوز بيع الخنطة بالدقيق ، وفي هذا شبهة الربا لاحتمال إرادة الجنس بالجنس .

(١) فى الأصل كذا : « بقيضه » .

الجواب :

قوله : بأن هذا تغيير وصف الإطلاق - قلنا : اللفظ وإن كان مطلقا ، لكن جاز ١/١٠٨ أن يراد به المقيد ، وقد دل الدليل عليه - على ما مر ، فكان هذا تصحيح تصرفه / على الوجه الذى قصده ، لا على خلاف ما قصده .

وأما إذا باع ثوبا ودرهما بدرهم وثوب - قلنا : هذا العقد جائز بدون صرف الجنس إلى خلاف الجنس إلا أن إبقاء المعقود^(١) غير واجب ، بل ذاك مفوض إلى العاقلين .

وأما مسألة القلب والثوب - قلنا : لو صرفنا الربح كله إلى الثوب لا يبقى بيعهما مراوحة ، بل يصير بيع أحدهما تولية وبيع الآخر مراوحة^(٢) ، وأنه باعها مراوحة - أما ههنا بخلافه .

قوله : إنه عرى عن الربا ثم عرى عن شبهة الربا - قلنا : إذا عرى عن الربا وجب أن يصح ، لما قلنا .

قوله : فيه شبهة الربا - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن صرف الجنس إلى الجنس عقد فاسد . والظاهر أنه لم يقصد ذلك لما قلنا . بخلاف بيع الحنطة بالدقيق ، لأن ذلك عقد واحد وفيه شبهة الربا ، لشبهة المجانسة بين العوضين ، أما ههنا بخلافه .

١٢٧ مسألة : بيع الرُّطَب^(٣) بالتمر متساويا ، كيلا - يجوز ، خلافا لهم .

(١) كذا في الأصل : « ابقا المعقود » ولعل المقصود : « إبقاء المعقود عليه » أو « إبقاء العقد » .

(٢) بيع المراوحة هو مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح . وبيع التولية هو المبادلة بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان . وبيع الوضعية هو المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه - إلكاسانى ، البدائع ، ٥ : ١٣٤ - ١٣٥ وكذا ٢٢٠ وما بعدها . وابن عابدين ، رد المحتار ، ٤ : ٣ .

(٣) الرُّطَب نضيج البُسْر قبل أن يصير تمرا . وذلك إذا لَانَ وحلَا . أو ثمر النخل إذا أدرك ونضج قبل أن يصير تمرا . والجمع أرطاب ورطاب والواحدة رُطبة . والبُسْر ثمر النخل قبل أن يُرْطَب - المعجم الوسيط .

وأجمعوا على أن يبيع الرُّطْب بالتمر متفاضلا ، كيلا - لا يجوز .
والوجه فيه - أنه باع التمر بالتمر ، مثلا بمثل ، مكايلة ، فوجب أن يجوز . كما إذا باع
التمر اليابس بالتمر اليابس ، مثلا بمثل .
وإنما قلنا ذلك ، لأن الرُّطْب تمر بالنقل والحكم - أما النقل فظاهر . وأما الحكم
فلأننا أجمعنا على أنه لو حلف أن لا يأكل تمرا فأكل رطبا يحنث في يمينه ، ومبنى الأيمان
على العرف ، فوجب أن يجوز .

فإن قيل : قولكم بأنه باع التمر بالتمر - قلنا : لا نسلم .
قوله : بأن الرطب تمر - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأن اسم التمر ينتفى عن
الرُّطْب ؛ فإنه صح أن يقال : هذا رطب وليس بتمر .
وأما ما ذكر من المسألة - فممنوعة . على أننا نقول بأنها معارضة بمسألة أخرى -
وهي ما إذا حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرا ، لا يحنث في يمينه .
ولئن سلمنا أنه باع التمر بالتمر ، ولكن لا نسلم بأنه باعه مثلا بمثل في الكيل - بيانه
أن الرطب ينكس بالكبس والتمر اليابس لا ينكس بالكبس ، فلا يثبت التساوى بينهما
في الكيل .

ثم التعليل معارض / بالحديث والمعقول :

أما الحديث - [ف] ما روى سعد بن أبي وقاص قال : « سمعت رسول الله ﷺ
سئل عن شراء التمر بالرُّطْب فقال رسول الله ﷺ : « أينقص الرُّطْب إذا ييس ؟ قالوا :
نعم - فنهاه عن ذلك » (١) - رواه أبو داود وابن ماجه .

وأما المعقول - وهو أنه إذا انتقص عند الجفاف يتحقق حقيقة الربا ، وهو الفضل .

(١) وكذا في بلوغ المرام ، رقم ٧٠٨ ص ١٢٧ وسبل السلام ، ٣ : رقم ٧٩٦ ، ص ٨٥٧
وفيها « فنهى عن ذلك » .

وسبب ذلك الرطوبة ، وهى قائمة فى الحال ، فكان سبب الربا قائما^(١) فى الحال ،
والسبب يقوم مقام المسبب ، فيكون^(٢) فيه شبهة الربا .
الجواب :

قوله بأن اسم التمر ينتفى عن الرطب - قلنا : لا نسلم .

وقوله : هذا رطب وليس بتمر ، لا يضح مطلقا ، بل على تقدير إضمار شيء وهو
أن يقول : هذا رطب وليس بتمر يابس .

وأما منع المسألة - فلا يستقيم ، لأنها مسطورة^(٣) فى الكتب .

وأما [ما] ذكر^(٤) من المسألة - قلنا : إنما لا يبحث ، لأنه عقد يمينه على حالة
مخصوصة وهى حالة الرطوبة ، فتتقيد اليمين بـ [ل] عرفا .

قوله : بأنه ينكس بالكبس - قلنا : هذا إشارة إلى التفاوت فى الوزن والعدد دون
الكيل ، ونحن ندعى التساوى فى الكيل .

وأما الحديث - قالوا بأن مداره على زيد بن أبى عياش^(٥) مولى لبنى زهرة وإنه
ضعيف . على أنه معارض بقوله تعالى : ﴿ وَأَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٦) .

(١) فى الأصل : « قائم » .

(٢) فى الأصل كذا : « وكونه » . انظر العبارة فى الجواب .

(٣) فى الأصل كأنها « مشطورة » وفى المعجم الوسيط شطر الشيء قسمه واطر الكتاب
سطرا كتبه .

(٤) كذا العبارة فيما سبق .

(٥) فى سبل السلام ، ٣ ، رقم ٧٩٦ ، ص ٨٥٧ : « .. ومن أعله بجهالة خالد أبى عياش
فقد رد عليه بأن الدارقطنى قال إنه ثبت ثقة .. » . ولعله أبو عياش الزرقى - اختلف فى اسمه :
فقليل اسمه زيد بن الصامت . وقيل عبيد بن زيد بن الصامت . وقيل غير ذلك . وأكثر أهل الحديث
يقولون : اسمه أبو عياش الزرقى - له صحبة معروفة . روى عنه مجاهد وأبو صالح السمان وعاش إلى
زمن معاوية . ومات رحمه الله بعد الأربعين وقيل بعد الخمسين - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(٦) البقرة : ٢٧٥ .

وأما قوله : سبب الربا قائم ، وهو الرطوبة - قلنا : قيام سبب الانتقاص لا يؤدي إلى حقيقة الربا ولا إلى شبهة الربا ، لأن حقيقة الربا هو الفضل من كل وجه ، وشبهة الربا الفضل من وجه ، وقيام السبب لا يوجب شيئا من ذلك في الحال .
والله أعلم .

١٢٨ - مسألة : إذا باع فلسا^(١) رائجا بعينه ، بفلسين رائجين - يجوز .

والوجه فيه - أن هذا بيع عرى عن الربا ، فوجب القضاء بجوازه ، قياسا على بيع دين بدین^(٢) .

وإنما قلنا ذلك - لأن الربا لو تحقق إنما يتحقق بزيادة العدد في أحد الجانبين ، بدليل أنه لو سقط العدد لا يتحقق الربا ، وزيادة العدد إنما يؤدي إلى الربا إذا بقي الفلوس عدديا ، ولم / يبق الفلوس عدديا ، لأن كونه عدديا ما كان بأصل الخلقة ، بل باصطلاح^(٣) الناس ، بخلاف الدراهم والدنانير فإنها خلقت ثمتا ، وما ثبت باصطلاح^(٤) الناس ، يتبع فيه المصلحة ، فأقدامهما على هذا البيع مع عقلهما ودينهما دل على تعلق مصلحتهما بإبطال هذا الاصطلاح ، فوجب أن يجوز .

فإن قيل : قولكم بأن هذا بيع عرى عن الربا - قلنا : لا نسلم .

قوله : إنما يكون ربا إذا كان الفلوس عدديا في هذه الحالة ولم يبق ، لأنها أبطالا كونه عدديا - قلنا : لا نسلم بأن لهما ولاية إبطال هذا الاصطلاح . وهذا لأن كونه عدديا ثبت باصطلاح الكل ، فكان ثابتا بالإجماع ، فلا ينتقض بنقضهما ، لأن نقضهما ظني وذاك مصلحة قطعية^(٥) وإبطال المصلحة القطعية لا يكون مصلحة .

(١) الفلّس عملة يتعامل بها مضرورية من غير الذهب والفضة . وكانت تقدر بسدس الدرهم . وهي تساوى اليوم جزءا من ألف من الدينار في العراق وغيره - والجمع فلّوس - المعجم الوسيط .

(٢) الظاهر أنها في الأصل كذلك وستأق في الجواب . وفي الأصل كذا : « در بدین » .

(٣ - ٤) في الأصل : « بإصلاح » . وسأق بعد قليل ... الاصطلاح » .

(٥) في الأصل : « قطعی » وستأق بعد كلمتين « القطعية » .

ولئن سلمنا أن لهما ولاية نقض هذا الاصطلاح ، ولكن لم قلتم بأنهما نقضاه ؟ .
قوله : بأن إقدامهما على هذا البيع دل على تعلق مصلحتهما بإبطال هذا
الاصطلاح - قلنا : إنما يتعلق مصلحتهما بإبطاله (١) إذا كان في إبطال هذا
الاصطلاح صحة هذا ، وليس كذلك ، لأنه إذا خرج من كونه عددياً عاد وزنياً ، كما
كان ، وبيع الوزى بالوزى لا يجوز ، إلا على وجه الاعتبار .

ولئن سلمنا أنه عرى عن حقيقة الربا ، ولكن لم قلتم بأنه عرى عن شبهة الربا ، وهذا
لأنه يقابل الفلّس بالفلّس ، فيبقى الآخر فضلاً .

ولئن سلمنا أنه عرى عن شبهة الربا ولكنه يبيع الدين بالدين ، لأن الفلوس لا تتعين
في العقود وهو ثمن ، وذلك لا يجوز ، ولأنه عقد يؤدي إلى المنازعة لما فيه من الضرر .

الجواب هـ :

أما قوله : لم قلتم بأن لهما ولاية نقض هذا الاصطلاح - قلنا : لما ذكرنا أن فيه
مصلحتهما .

قوله : بأن كونه عددياً ثبت بالإجماع - قلنا : عنه جوابان : أحدهما - لا نسلم
بأنه ثبت بالإجماع بل في بعض البلاد دون البعض . والثاني - إن ثبت بالإجماع لكنه
ليس من الإجماعات الموجبة للعلم في الأمور الدينية ، فجاز أن ينقض بمصلحة ظنية .

قوله : لو خرج من أن يكون عددياً عاد وزنياً - قلنا : يخرج من أن يكون عددياً /
ولا يعود وزنياً ، بل يصير سلعة محضة ، لأن الشيء جاز أن لا يكون عددياً ولا وزنياً ،
كالنصال (٢) والآلئ . ٢/١٠٩

قوله : فيه شبهة الربا - قلنا : لا نسلم ، لأن الفلّس بالفلّسين من غير اعتبار
العدد ، فلا يكون فيه شبهة الربا .

(١) في الأصل كذا : « بإبطاله » .

(٢) النصل حديدة الرمح والسهم والسكين والجمع نصال وأنصل ونُصُول - المعجم الوسيط .

قوله : هو بيع الدين بالدين ، لأنه لا يتعين - قلنا : لا نسلم بأنه لا يتعين ، لأننا أخرجناه من أن يكون عدديا وثمنا ، وصار سلعة تتعين في العقود .

قوله : يؤدي إلى المنازعة - قلنا : لا نسلم ، لأنهما أقدما عن طوع ورغبة .
والله أعلم .

١٢٩ - مسألة : بيع لحم الشاة بالشاة بموز مطلقا . وقالا : يجوز على سبيل الاعتبار .

والوجه فيه - أن هذا بيع عرى عن الربا ، فوجب القضاء بصحته ، قياسا على ما إذا كان اللحم الخالص أكثر مما في الشاة .

ولمّا قلنا ذلك ، لأن^(١) شرط تحقق الربا هو المجانسة ، لأن الربا هو الفضل على المساواة في البيع ، وإذا لا يتحقق إلا عند المجانسة والمعيار الشرعى ، ولم يوجد ، لأن الشاة ليست بموزون عرفا وشرعا ، فلا يجرى فيه الربا ، فلا يحرم .

فإن قيل : قولكم بأن الربا لا يتحقق إلا عند المجانسة والمعيار الشرعى ، ولم يوجد - قلنا : لا نسلم بأنه لم يوجد المعيار الشرعى . ولا نسلم بأن اللحم الذى فى الشاة ليس بموزون ، بل هو موزون فى الجملة ، كالدهن إذا باع [هـ] بالسهم على طريق الاعتبار ، يجوز ، ويعرف الدهن الذى فى السهم مقدار^(٢) وزنه بالعصر - كذا هنا بالذبح .

ولئن سلمنا أن الموزون ما يعرف وزنه فى الحال ، ولكن لم قلّم بأن اللحم الذى فى الشاة لا يعرف وزنه فى الحال ، بل يعرف بطريق الحزر والظن ، كما هو عادة القضاة فى البياعات .

(١) فى الأصل كذا : « لا » بدون نون .

(٢) كذا العبارة فى الأصل .

ولئن سلمنا أنه عرى عن حقيقة الربا ، ولكنه لم يعر عن شبهة الربا ، لأنه يصير موزونا بعد الذبح ، وإذا يكفى للحرمة .

ولئن سلمنا أنه ليس بشبهة ، ولكنه عقد يفضى إلى المنازعة ، لما فيه من احتمال الضرر^(١) ، فيكون فاسدا . وصار كما إذا باع صوف الشاة بشاة عليها صوف .
١/١١٠
الجواب :

قوله بأن اللحم الذى فى الشاة موزون فى الجملة - قلنا : لا نسلم ، بل هو غير موزون ، لا فى الحال [و] لا فى الجملة : أما فى الحال فظاهر . وأما فى الجملة بعد الذبح فلاختلاطه بالعظام المختلفة وفى نزع جميع العظام ضرر ، بخلاف الدهن والسمسم .

قوله : بأنهم [سم] يقدرون وزنه بالحزر والظن - قلنا : ذاك عادة بعضهم ، وإنه يجرى فيه الخطأ والغلط ، بخلاف الدهن والسمسم فإن الكل يعتادون حزره .

قوله : لم لا يتحقق شبهة الربا - قلنا : الجواب عنه ما مر قبل .

قوله : يفضى إلى المنازعة - قلنا : لا نسلم ، وظاهر أنه لا يفضى ، لأنهما أقدا على البيع بعد تأمل ، عن طوع واختيار . وأما بيع الصوف واللبن بالشاة التى فى ضرعها^(٢) لبين وعلى ظهرها صوف ، لا يجوز ، لأن الشاة وإن لم تكن موزونة ، ولكن فى ضمنها ما هو موزون ، وهو الصوف واللبن ، لأنه لا حياة فى اللبـن والصوف ، والمانع من كونه موزونا هو قيام الحياة به ، كما فى اللحم ، فكان بيع الموزون بالموزون وبغيره - أما ههنا بخلافه .

١٣ - مسألة : شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، لا يجوز - خلافا له .

وأجمعوا أن شراء ما باع بأقل مما باع بعد نقد الثمن يجوز ، وبالأكثر يجوز قبله ويعدّه .

(١) كذا الظاهر : « الضرر » .

(٢) فى الأصل كذا : « فى طرعا » .

والوجه فيه - أن هذا بيع تمكن فيه الربا ، فوجب القضاء بفساده .

وإنما قلنا ذلك - لأنه بيع مالية مقدرة ، بألف درهم . وصورة (١) العبد بخمسائة . وذلك لأن هذا بيع العبد بخمسائة ، والعبد اسم الصورة والمعنى ، ومعنى العبد ماليته ، وماليته في هذه الحالة مقدرة بألف ، لأن الكلام فيه ، فكان الألف معنى العبد حكما ، فكان بيع المالية الصورة بخمسائة ، فيكون ربا .

فإن قيل : قولكم بأن هذا بيع صورة العبد ومعناه بخمسائة - قلنا : لا نسلم بأن البيع تناول معنى العبد ، بل تناول ذاته - دل عليه أنه لو اشترى / عبدا على أنه خباز أو كاتب ، فوجده بخلاف ذلك ، لا يسقط شيء من الثمن بفواته . فلو كان معناه داخلا (٢) لسقط ، كما لو اشترى عبيدين فهلك أحدهما قبل القبض .

ولكن سلمنا أن الألف معنى العبد ، لكن بحكم الشرع أم باصطلاحهما ؟ ع م . ولكن اصطلاحهما يلزمهما برضاهما أم لا برضاهما ؟ م ع . ومتى أقدما على البيع الثاني بخمسائة فقد ردا ذلك للاصطلاح ، ولهذا يجوز بيع ما يساوى ألفا بدرهم .

ثم نقول مالية العبد ثمنه ، وذلك اسم الدراهم ، والدراهم لا تكون معنى العبد إذ لو كان كذا لكان هذا بيع العبد بمعناه ، وذا لا يجوز . ولهذا لو باع عبدا قيمته ألف بألف يجوز . فلو كانت قيمته معناه لكان هذا بيع الألف بالألف والعبد ، وصار هذا كما إذا اشترى ما باع بأكثر مما باع قبل نقد الثمن ، وكما إذا اشترى بأقل مما باع بعد نقد الثمن .

(١) في الأصل كذا : « وصوره » - وانظر بيان ذلك في العبارة التالية ، وفيما يلي من قول السمرقندي :

قال السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٨١ - ٨٢ : « ومنها (أى من البيع الفاسد) - أن يشتري شيئا بثمن معلوم ، ثم يبيعه من البائع بأقل مما باعه ، قبل نقد الثمن . فإن باعه بجنس الثمن الأول ، بأن اشتراه بألف درهم ثم باعه منه بخمسائة درهم قبل نقد الثمن فهو فاسد عندنا . وعند الشافعي صحيح . وإن كان بخلاف جنس الثمن الأول جاز . والأصل في ذلك حديث عائشة رضی الله عنها في قصة زيد بن أرقم - وهو معروف » وانظر القصة في الهامش ٤ من التحفة ، ج ٢ ، ص ٨٢ .

(٢) في الأصل : « داخل » .

الجواب :

قوله : لم قلتُ بأن البيع تناول معنى العبد ؟ - قلنا : لأنه تناول العبد ، والعبد اسم للصورة والمعنى .

قوله : لو سقط معنى العبد لا يسقط شيء من الثمن - قلنا : لا نسلم بأن المعنى الذى عيناه لو سقط لا يسقط شيء من الثمن ، بل يسقط كل الثمن ، لأن المعنى بذلك المعنى مالىته التى بها يصير العبد مالا ، ولو فات بموته يسقط كل الثمن ، بخلاف الأوصاف المعارضة التى ذكرها .

قوله : إقدامهما على البيع الثانى رد للاصطلاح الأول - قلنا : لا نسلم . وظاهر أنه ليس يرد ولا يقدران عليه ، إذ لو انتقض الاصطلاح الأول لبطل حق المطالبة بالثمن الأول ، ولا يطل بالإجماع ، بخلاف ما إذا باع ابتداء بأقل من القيمة ، لأنهما لم يلتزما هذا الاصطلاح .

قوله : بأن الثمن اسم للدراهم - قلنا : الثمن معنى المثلن حقيقة ، إلا أن الناس يطلقون اسم الثمن على الدراهم مجازا ، وأما إذا باع عبدا يساوى ألفا بألف يجوز - قلنا فى هذه / الصورة يتحقق الربا ، إلا أننا نحملنا^(١) ذلك فى البيع بمثل القيمة باصطلاحهما ، كى لا يؤدى إلى سد باب البياعات .

وأما إذا اشترى ما باع بأكثر مما باع - [ف] إنما يجوز ، لأن الألف وقع فى مقابلة الألف والزائد فى مقابلة العبد .

وأما إذا اشترى بأقل مما باع بعد نقد الثمن ، فلأن الاصطلاح الأول بالآداء قد انتهى من كل وجه - أما ههنا بخلافه .

(١) فى الأصل كذا : « حملنا » فالحرف الأول غير منقوط .

١٣١ - مسألة : الزوائد المنفصلة^(١) من المبيع المتولدة بعد القبض ، نحو الولد والثر ، تمنع الرد بالعيب . وعنده : لا تمنع .

والخلاف في رد الأصل بكل الثمن ، بدون الزيادة .

أما لا خلاف أنه لا يرد الأصل بدون الزيادة ببعض الثمن .

ولا خلاف أنه لا يرد الأصل مع الزيادة بكل الثمن .

والوجه فيه - أن رد الأم بدون الولد بكل الثمن ، تغيير للعقد من وصف الجواز إلى وصف الفساد ، فوجب أن لا يجوز ، قياسا على سائر التصرفات الفاسدة .

وإنما قلنا ذلك - لأن الولد مبيع تبعا ، ويرد الأم بكل الثمن يصير الولد ميبعا أصلا ، على وجه لا يقابله شيء من الثمن ، فيكون ربا .

وإنما قلنا إن الولد مبيع ، لأن المبيع مفعول فعل البيع ، ومفعول فعل البيع ما ثبت فيه أثر البيع ، كالمضروب ما ثبت فيه أثر الضرب . والأثر المختص بالبيع هو الملك ، وهو ثابت في الولد ، ويرد الأم ينسخ البيع في الأم من الأصل ، فلا يمكن إبقاء الملك في الولد تبعا ، لأن البيع بدون الأصل لا يتصور ، وإنه يبقى ميبعا لبقاء حكم البيع ، وهو الملك المستفاد بالبيع فيه ، فيصير ميبعا أصلا بلا ثمن وهو ربا .

فإن قيل : قولكم بأن الولد مبيع لأن المبيع ما ثبت فيه أثر البيع - قلنا : المبيع ما ثبت فيه أثر بيع مضاف إليه أو إلى غيره ؟ م ع - والبيع هنا أضيف إلى غير / الولد ، وهذا لأن البيع تصرف إضافي ، فمصادفته للمحل إنما يكون بالإضافة إليه ، كما أن المصادفة في التصرفات الحسية باتصال الآلة بالمحل ، والبيع لم^(٢) يصادف الولد ، فلا يكون ميبعا ، كأكساب المبيع .

(١) في الأصل : « - المتصلة » . والصحيح : « المنفصلة » والمثل الوارد فيما بعد « الولد والثر » زيادة منفصلة . أما الزيادة المتصلة فمثلها السمن والجمال - انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ١٤٦ - ١٤٨ . والكاساني ، البدائع ٥ : ٢٨٤ وما بعدها وخصوصا ص ٢٨٦ .

(٢) في الأصل : « ولم » .

ولئن سلمنا أن المبيع ما ثبت فيه أثر البيع ، ولكن لم قلتم بأن أثر البيع ثابت في الولد ؟ .

قوله : الملك ثابت فيه - قلنا : ذاك أثر بقاء الملك في الأم لا أثر ابتدائه ، وبقاء الحكم لا يفتقر إلى السبب^(١) ، فصار كولد الموهوبة .

ولئن سلمنا أن الولد مبيع تبعا ، ولكن لم قلتم بأنه يصير أصلا يرد الأم ؟ .

قوله : لأنه مبيع لبقاء الملك وليس يتبع لارتفاع الأصل - قلنا : لا نسلم بأنه يبقى مبيعا . فإن قال بأن الملك لا بد له من سبب ، وسببه البيع - قلنا : كما أن البيع سبب للملك ، فكذلك كونه متفرعا من الملك سبب ، فيحال عليه .

ولئن سلمنا أن الولد يصير مبيعا أصلا بلا ثمن - لم لا يجوز ؟ .

قوله : بأن يكون^(٢) ربا^(٣) ؟ - قلنا : الربا فضل مال خال عن العوض ابتداء أم بقاء ؟ الأول م ع - وهذا لأن الولد الحادث بعد البيع قبل القبض مملوك بالبيع ، وهو خال عن العوض ، وإنه ليس ربا .

الجواب :

أما قوله لا بد من المصادفة واتصال الآلة بالمحل ، والبيع ما أضيف إلى الولد ، فلا يكون مبيعا - قلنا : اتصال الآلة بالمحل ليس بشرط لثبوت أثر الفعل فيه لا محالة - ألا ترى أن من شق رق^(٤) الغير وسال الدهن كان تلف الدهن مضافا إلى فعله لوجود

(١) كانت في الأصل : « إلى بقا السبب » ثم شطبت كلمة « بقا » .

(٢) « يكون » غير واضحة في الأصل .

(٣) في الأصل كذا : « ردا » .

(٤) في الأصل : « رق » . والرق وعاء من جلد يُجَزَّ شعره ولا ينتف ، للشراب وغيره - المعجم الوسيط .

اتصال الآلة [بالفعل] المتصلة به ^(١) لا به - كذا هذا . بخلاف أكساب المبيع ، لأن البيع ليس بسبب للملك الكسب ، بل هو باختيار العبد .

قوله : ملك الولد أثر بقاء ملك الأم لا أثر ابتدائه - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الملك الباقي هو عين ^(٢) الملك الثابت ، والثابت بالسبب إذا بقي كان مضافا إليه ، لأنه . يوجب ثبوته / في جميع الأزمان ، فيوجب بقاءه .

قوله : لم قلتم بأن الولد يبقى مبيعا - قلنا : لأنه ملك وسببه البيع .

قوله : كما أن البيع سبب ، فكونه متفرعا من الملك أيضا سبب - قلنا : بلى ، ولكن الأصل مملوك بالبيع ، فيبقى ، بعد رد الأم ، مبيعا ، ولا يمكن إبقاؤه مبيعا تبعا ، فيكون أصلا .

قوله : بأن الربا فضل مال خال عن العوض ابتداء أم بقاء ؟ - قلنا : ابتداء ، وهذه حالة الابتداء في حق الولد ، لما ذكرنا أنه يصير مبيعا أصلا .
والله أعلم بالصواب .

١٣٢ - مسألة : الزيادة في الثمن والمثمن تصح وتلتحق بأصل العقد ويجعل كأن العقد ورد عليهما - خلافا له .

والخط عن الثمن يصح بالإجماع ، وهل يلتحق بأصل العقد ؟ فهو على هذا الخلاف .

والوجه فيه - أنهما قصدا جعل المشروط زيادة في الثمن ، وأمكن ذلك ، والشرع جعلهما بسبيل ذلك - فوجب أن يصير المشروط زيادة في الثمن ، قياسا على أصل الثمن .

(١) في المتن : « اتصال الآلة بالحل » ثم شطبت كلمة « بالحل » وكتب في الهامش عبارة كأنها : « بالمتصلة به » أو « المتصلة به » . ولعل المراد - والله أعلم - « بالفعل » لا « بالحل » وهو ما أثبتناه في المتن .

(٢) قد تقرأ « غير » .

وإنما قلنا إنها قصدا جعل المشروط زيادة في الثمن - لأن الكلام فيما إذا نصا على الزيادة^(١) .

وإنما قلنا إنه أمكن ذلك - وذلك لأننا أجمعنا على أن الزيادة المتولدة من الثمن قبل القبض تصير بهذه الحالة ، بعد أن لم تكن ، ولو لم يكن ذلك ممكنا ، لما ثبت في تلك الصورة .

وإنما قلنا إن الشرع جعلها بسبيل من ذلك - لأن الشرع إنما جعلهما بسبيل من الفسخ دفعا لحاجتهما إلى ذلك ، وقد تحققت الحاجة ههنا ، لأن العقد قد يقع خاسرا ، فرميا يحتاجان إلى جعله رابحا ، فثبت أن تحقق هذه الحاجة من الجائزات ، وقد دل^(٢) الدليل عليه ، وهو إقدامهما على جعل المشروط زيادة في الثمن ، فوجب جعلهما بسبيل من ذلك ، دفعا لحاجتهما ، فوجب جعله زيادة في الثمن .

٢/١١٢ فإن قيل : قولكم بأنهما قصدا الزيادة / وأمكن - قلنا : لا نسلم بأنه أمكن . وهذا لأن الزيادة في الثمن تكون ثمنا ضرورة ولا يمكن جعل الزيادة ثمنا ، لأن الثمن ما يقابله شيء من الثمن^(٣) ، وكل المثلث صار مقابلا بالثمن الأول ، فلا يبقى شيء منه مقابلا بالزيادة ، بخلاف الزيادة المتولدة ، فإنها متفرعة عنه حقيقة وإجراء^(٤) أحكام الشيء على الفرع بطريق التبعية جائز - أما ههنا بخلافه .

ولئن سلمنا أنه أمكن ذلك ، ولكن لم قلتم بأن الشرع جعلهما بسبيل [من ذلك] ؟ .

وأما الفسخ - قلنا : الفسخ تصرف في حكم العقد ورفع ، أما الزيادة [ف] تصرف في العقد ، ولا يمكن ، لأنه انعدم وتلاشى .

(١) في الأصل كذا : « الرياد » .

(٢) في الأصل تبدو كذا : « ذلك » .

(٣) أئمن الشيء سمي له ثمنا . وئمن السلعة قدر ثمنها - المعجم الوسيط - وانظر فيما يلي الهامش ٢ - ٣ ص ٣٥٤ .

(٤) تبدو كذلك .

ولئن سلمنا أنه تصرف في العقد ، ولكن لم قلتم بأن الحاجة ههنا مثل تلك الحاجة ؟ .

بيانه - - أن هذه الحاجة حاجة دفع الضرر والخسران^(١) . وذلك بثبوت الملك يندفع ، لا بكونه ثمنا . وعندنا يثبت الملك في الزيادة ، ولكن ملك الهبات لا ملك الأثمان^(٢) ، وصار هذا كالزيادة في المنكحة^(٣) وفي المسلم فيه وفي الدين على الرهن وفي الثمن بعد هلاك المبيع - فإنه لا يجوز مع ما ذكرتم .

الجواب :

قوله : بأن الثمن ما يقابله الثمن ، فكل الثمن مقابل بالأصل - قلنا : نحن نصصح الزيادة ثمنا على معنى أنه يجري عليه [ل] أحكام الثمن ويصير كأن الثمن مقابل بالأصل والزيادة جميعا .

قوله بأن المتولدة متفرعة - قلنا : هذا إشارة إلى اختلاف الطريق ، فلا يضرنا ، لأنه ثبت أنه تصور إجراء أحكام على عين الموجود - كذا هذا .

قوله : الفسخ تصرف في حكم العقد - قلنا : لا نسلم ، بل هو تصرف في نفس العقد ، بدليل أنه يضاف إليه .

قوله : بأن البيع تلاشي وانعدم - قلنا : صيغة البيع تنعدم ، أما نفس البيع [ف] لا يندعم^(٤) ، لأنه عبارة عن معنى يبقى في المحل إلى وقت الفسخ .

قوله : هذه الحاجة تندفع بثبوت الملك في الزيادة / لا بكونه ثمنا - قلنا : ليس كذلك ، بل حاجتهما تتعلق بثبوت الملك في الزيادة بجهة الثمنية ، لا بمطلق الملك ، بدليل إقدامهما على جعله زياد [ة] والهبة والثمن يختلفان في الأحكام . على أننا نقول بأنه خلاف الإجماع ، لأن الزيادة عندكم لا تملك أصلا .

(١) تبدو كذلك : « والخسران » .

(٢) كذا تبدو . وفي الأصل كذا : « ملك الهبات لا ملك الأيمان » .

(٣) لعل المقصود : « مهر المنكحة » .

(٤) في الأصل : « لا نعدم » .

وأما الزيادة في المنكوحة (١) - قلنا : ثمة العقد لا يقبل الفسخ ، فلا يقبل الزيادة -
أما ههنا بخلافه .

وأما السلم فذاك عقد ضرورى ، ولا ضرورة في الزيادة .

وأما الزيادة في الدين - [ف] لا تجوز ، لأن عقد الرهن لا يتغير بالزيادة في الدين ،
لأنه غير مستحق بالرهن .

وأما الزيادة بعد هلاك المبيع ، [ف] إنما لا تصح ، لأنه لم يبق البيع ولا المثلن - أما
ههنا بخلافه .

١٣٣ - مسألة : إذا اشترى شيئا لم يره ، يصح العقد ، ويثبت له الخيار إذا رآه -
خلافاً له .

والوجه فيه - أن رؤية المبيع مما لا يقف عليه ركن البيع ، ولا المصلحة المطلوبة من
البيع - فوجب ألا يقف عليه صحة البيع ، قياساً على ما إذا رآه قبل البيع ولم يره وقت
البيع .

وإنما قلنا ذلك - لأن ركن البيع قوله : « اشتريت » و « بعث » عن قصد إثبات
الملك ، وهذا لا يقف على الرؤية والمصلحة المطلوبة من البيع التمكن من الانتفاع بالمبيع ،
وهو ثابت بواسطة إمكان القبض ، وإمكان القبض ثابت ، لأن البائع يسلمه تحصيلاً
للمثلن .

فإن قيل : قولكم بأن رؤية المبيع لا يقف عليه ركن البيع ولا المصلحة المطلوبة منه -
قلنا : لا نسلم بأنه لا تقف عليه المصلحة المطلوبة .

قوله : لأن المصلحة المطلوبة هو التمكن من الانتفاع - قلنا : نعم ، ولكن لم قلتم بأنه
لا تقف على الرؤية ، وهذا لأن التمكن من الانتفاع يتوقف على تسليم عين المبيع ، والبائع
ربما يسلم غيره والمشتري يطلب أجود منه ، فيؤدى إلى المنازعة / ، فلا يحصل التمكن
من الانتفاع .

٢/١١٣

ولكن سلمنا أنه لا يقف عليه أصل المصلحة ، ولكن لم لا يقف عليه تمام المصلحة ؟ وهذا لأن تمام المصلحة يحصل بكون المبيع موصوفا بالصفات التي قصدها المشتري وذا^(١) لا يحصل بدون الرؤية .

ولكن سلمنا أنه لا يقف عليه ركن البيع ولا تمام المصلحة ، ولكن لم قلتم بأن انعدام الرؤية لا يوجب فساد البيع ؟ وهذا لأن العقد قد يفسد وإن وجد الركن والمصلحة لوجود الفساد - ألا ترى أنه لو اشترى شيئا بأى ثمن شاء البائع والمشتري ، لا يجوز . وكذا لو اشترى أحد هذه العبيد على أن يختار أيها^(٢) شاء أو اشترى بألف ورطل خمر ، فإنه لا يجوز ، وإن وجد الركن والمصلحة ، لوجود الفساد ، وقد وجد الفساد ههنا لوجهين : أحدهما - أن هذا بيع^(٣) فيه احتمال المقصود ، فيكون فيه خطر ، فيكون غررا ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر . والثاني - غير^(٤) عالم بأوصافه ، فيكون بغير رضا ، ولهذا يثبت له الخيار ، والبيع بدون الرضا فاسد لقوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾^(٥) .

الجواب :

أما قوله : المنازعة مانعة من التسليم والقبض - قلنا : الظاهر من حال البائع أنه يسلم المبيع دون غيره ، ثم إن رضيه المشتري ، وإلا فله الخيار .

قوله : لم قلتم بأنه لا يقف عليه تمام المصلحة ؟ - قلنا : نحن نسلم أن تمام المصلحة موقوف على الرؤية ، ولكن العقد ينعقد بأصل المصلحة - فقلنا بصحته مع خيار الرؤية استيفاء لأصل المصلحة وتمكيننا له من إتمامها بالرؤية .

(١) في الأصل كذا : « ود » .

(٢) في الأصل : « أيهما » . وفيما يلى في الجواب : « وأما شراء عبد من العبيد الأربعة .. » .

(٣) في الأصل كذا : « تبع » .

(٤) في الأصل كذا : « عن » . أى اشتراه غير عالم .

(٥) النساء : ٢٩ : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ... ﴾ وفي الأصل : « ولا تأكلوا » .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٢١)

قوله : إن كان^(١) لا يقف عليه الركن والمصلحة لم لا يفسد [بانعدام الرؤية] ؟ -
قلنا : تمكينا له من المصلحة واستيفائها . وأما إذا باع شيئا بأى ثمن شاء ، فموت من
له [المشيئة]^(٢) وإنكار الآخر محتمل^(٣) ، فيؤدى إلى المنازعة . وأما شراء^(٤) عبد
من العبيد الأربعة ، فاشتراط الخيار باطل ، كاشتراط / الخيار أربعة أيام ، فيبقى المبيع
مجهولا كالشاة من القطيع . وأما البيع بألف ورطل خمر ، فوجه الفساد ظاهر - أما
ههنا بخلافه .

قوله : بأنه بيع غرر - قلنا : الجواب عنه ما مر في مسألة التقابض .

قوله : عقد عن غير رضا - قلنا : لا نسلم . وكيف يكون بغير رضا وهما باشرا
العقد عن طوع ورضا ، والرضا بالشئ قد يتحقق بدون العلم والرؤية ، بمجرد
الظن^(٥) ، ثم له الخيار .

١٣٤ - مسألة : الكافر إذا اشترى عبدا مسلما يصح الشراء ويجزى على البيع في
الحال . وعنده لا يصح أصلا .

والوجه فيه - أن هذا تصرف تمليك ، فوجب أن لا يعزى عن إثبات الملك ، قياسا
على المسلم .

وإنما قلنا ذلك - لأن البائع قصد إيقاع ذلك تمليكا ، في محل قابل للملك ، والشرع
جعل بسبيل من ذلك ، فيقع تمليكا .

(١) تبدو كذلك : « كان » .

(٢) في الأصل كذا : « المشا » .

(٣) في الأصل كذا : « متحمل » .

(٤) في الأصل كذا : « احد » - راجع هذه الصورة فيما تقدم قبل سطور حيث قال :
« وكذا لو اشترى أحد هذه العبيد على أن يختار أيها شاء » . ولعل الكلمة هنا « أخذ » .

(٥) لعلها كذلك ، فهي في الأصل غير كاملة ففيه : « بمجرد الظ » .

أما القصد - فبديل الإقدام على الشراء .

وأما قبول المحل - فبالحكم ، والمعقول : أما الحكم ، فلأننا أجمعنا على أن الكافر إذا اشترى عبدا كافراً فأسلم في يده يبقى له الملك . وأما المعقول ، فللحاجة إلى المصلحة المتعلقة به .

وإنما قلنا : إن الشرع جعله بسبيل ، لأنه إنما جعله بسبيل من تمليك الكافر ، لمكان الحاجة - كذا هذا .

فإن قيل : لا نسلم بأن المحل قابل .

وأما الحكم : قلنا ذاك بقاء الملك لا ابتداء الملك ، وفي بقاء الملك ضرورة ، ولا ضرورة في الابتداء ، لأن الإهانة في ابتداء الملك ، أما في بقاءه فلا . ويجوز أن يكون الشيء محلاً للملك حالة البقاء دون الابتداء ، ألا ترى أن الخمر محل لبقاء الملك للمسلم^(١) وليس بمحل لابتدائه - كذا هذا .

ولكن سلمنا أن المحل قابل ، ولكن لم قلتم إن الشرع جعله بسبيل منه ؟ .

وأما الحاجة - قلنا : لم تندفع حاجته بهذا الملك بالإجماع ، لأن عندكم يجبر على بيعه في الحال . ثم هذا / معارض بقوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾^(٢) هـ .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن المحل قابل ؟ - قلنا : لما ذكرنا من الحكم .

قوله : جعل بطريق الضرورة - قلنا : هذا إشارة إلى النافي مع قيام دليل المحلية ظاهراً ، وهو بقاء الملك .

(١) في الأصل : « المسلم » . انظر ما يلي نعد قليل في « الجواب » .

(٢) النساء : ١٤١ - وانظر فيما بعد الهامش ١ ص ٣٧٤ .

وأما الإهانة - قلنا : يحمل ذلك في حالة البقاء ، لمعنى : ذلك المعنى موجود ههنا .

وأما الخمر - قلنا : الخمر محل الملك المسلم ابتداء وبقاء ، ولهذا يرث الخمر ، إلا أنه منع عن تملكه لسقوط تقومه ، لا لعذر المحلية .

وأما قوله : لم تندفع حاجته بهذا الملك ، لأنه يجبر على البيع - قلنا : حاجته حاصلة مندفعة - لاحتمال أن غرضه من شرائه يكون التجارة ، فيبيعه بأكثر مما اشتراه ، فعلم أن ما ذكرناه مناسب - والله أعلم .

وأما الآية - قلنا : إثبات السبيل إنما يكون بإثبات ولاية التصرف عليه ، ونحن لا نثبت الملك على وجه يوجب التصرف ، بل على وجه يجبر على البيع في الحال .
١٣٥ - مسألة : بيع لبن الآدميات الحرائر والإماء لا يجوز .

والوجه فيه - أنه أضاف البيع إلى محل غير قابل لحكمه^(١) ، فوجب القضاء ببطلانه ، قياسا على بيع الدم .

وإنما قلنا ذلك - لأن حكم البيع هو الملك ، ولبن الآدمى ليس بقابل للملك ، لأن الدليل ينفي ثبوت الملك في المحال بأسرها ، لما فيه من حجب بعض المكلفين عن الانتفاع مع الاحتياج^(٢) ، إلا أننا أثبتنا الملك في البعض صيانة عن التعطيل أو عن التنازع ، ففي كل محل يجب صيانة مصلحته عن التعطيل يثبت الملك وإلا فلا ، والمصلحة المتعلقة بلبن الآدميات لا يجب صيانتها عن التعطيل ، لأن اللبن إما أن يكون محلوبا أو في الثدي . فإن كان محلوبا ، لا يقام به المصلحة المعتادة ، وهي التغذية ظاهرا وغالبا . وإن كان في الثدي فهذه المصلحة يمكن إقامتها باستئجار الضئر ، فلا حاجة إلى الملك .

(١) في الأصل : « لحكم » .

(٢) في الأصل : « الاحتياج » .

١١٥ فإن قيل : هذا / التعليل لانعدام الملك في لبن آدمي مخالف للإجماع ، لأن الإجماع منعقد على ثبوت ماهية الملك للمرأة في اللبن ، وهي القدرة على التصرفات .

ولئن صح التعليل ، ولكن لا نسلم بأن الملك حيث ثبت إنما يثبت للصيانة عن التعطيل . وإنما يكون كذلك [حيث] إن الملك لو لم يثبت يتعطل المحل ، ولم يتعطل بدليل الخطب والحشيش .

ولئن سلمنا أن الدليل ينفي ثبوت الملك في سائر المحال ، ولكن اتفقنا على ثبوته في بعض المحال لمكان الحاجة ، فلم قلتم بأنه لم توجد الحاجة هنا ؟ .

قوله : بأن الملك يثبت لاستيفاء المصلحة ، والاستجار يعني عن ذلك - قلنا : الاستجار يعني عن المحلوب أو عن غير المحلوب ؟ إن قلتم عن المحلوب فلا ، لأن الإجارة لإتلاف العين لا تجوز . وإن قلتم عن الذي في الضرع ، فبيع ما في الضرع لا يجوز بالإجماع .

قوله : استيفاء المصلحة من المحلوب غير معتاد - قلنا : فلا يكون في إثبات الملك حجر بعض المكلفين عن استيفاء المصلحة . وإن كان معتادا كان غرضه لتناول كل أحد ، فمست الحاجة إلى الملك .

الجواب :

قوله : الإجماع منعقد على ثبوت ماهية الملك للمرأة في اللبن - قلنا : لا نسلم . وأما تصرفها في اللبن - قلنا : ذاك (١) تصرف في الثدي . وأما لبنها فمباح - إلا أن الغير محجور عن التصرف في الثدي ، وهو غير محجور عن الثدي وعن اللبن جميعا باختصاصها بهما .

قوله : لم قلتم بأن الملك حيث ثبت إنما ثبت للصيانة عن التعطيل - قلنا : لأن المعنى من التعطيل تعطيل المصالح ، وإنه كذلك ، لأنه إذا كان مباحا فاحتياج الكل

(١) في الأصل كذا : « دال » .

إليه يؤدي إلى التنازع ، فيؤدي إلى التعطيل للمصالح ، بخلاف الحطب والحشيش ، لأنه بعد الاحتطاب والاحتشاش يصير ملكا للمحتطب .

قوله : الاستعجار يغني عن المحلوب أو عن غير المحلوب ؟ قلنا : عن غير المحلوب ، لأن المصلحة لا تتعلق بالمحلوب .

قوله : ليس في إثبات الملك في المحلوب حرج عن المكلفين - قلنا : تعلق المصلحة باللبن المحلوب / ثابت وإن كان نادرا . وهذا القدر يكفي دلالة على نفى الملك ، لأنه يكفي للإباحة والإطلاق ، ولا يكفي للحاجة إلى إثبات الملك ، فلا يثبت الملك .

٢/١١٤

١٣٦ - مسألة . بيع العقار المبيع قبل القبض ، يجوز .

والوجه فيه - أن قبض العقار لا يقف عليه ركن البيع ولا المصلحة المطلوبة من البيع ، ولا انتفاء غرر انفساخ البيع بهلاك المبيع - فوجب أن لا يقف عليه صحة البيع قياسا على بيع المنقول^(١) قبل القبض .

وبيان أنه لا يقف عليه ركن البيع والمصلحة المطلوبة من البيع - ما مر في المسائل المتقدمة .

وبيان أنه لا يقف عليه انتفاء غرر انفساخ البيع بهلاك المعقود عليه - أن العقار لا يرد عليه الهلاك ، لأن ذلك بغلبة الماء والرمل عليه ، وذلك نادر جدا ، بخلاف المنقول ، لأنه لا يندر هلاكه ، فوجب أن يجوز بيعه تحصيلًا للمصلحة .

فإن قيل : قولكم بأن قبض العقار لا يقف عليه ركن البيع - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن ركن البيع تمليك الرقبة واليد جميعا واليد غير ثابت .

ولئن سلمنا أن القبض لا يقف عليه ركن البيع - لم قلتم بأنه لا يقف عليه المصلحة المطلوبة من البيع ؟ وهذا لأن معظم الانتفاع يحصل بعد القبض ، فتقف المصلحة على القبض .

(١) في الأصل كذا : « المهور » ! وسيأتي في المسألة والجواب أن المقصود :

« المنقول » .

ولئن سلمنا أنه لا يقف عليه ركنه ولا مصلحته - لكن لم قلتم بأنه لا يقف عليه انتفاء غرر الانفساخ في البيع بهلاك المعقود ؟.

قوله : لأنه نادر - قلنا : نعم . وهذا القدر يكفي للغرر بدليل أن المنقول إذا كان حجرا أو حديدا فهلاكه نادر ، ومع هذا كان غررا مفسدا للعقد .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد هذا المفسد ، لكن لم قلتم بأنه لم يوجد مفسد آخر ؟
وبيان [هـ] أنه وجد ، وذلك لأن المبيع لم يدخل في ضمان البائع لعدم^(١) القبض ، فلا يجوز بيعه ، كريح ما لم يضمن .

الجواب :

١/١١٦ قوله : الركن تمليك الرقبة واليد ، واليد غير ثابت - قلنا : إمكان اليد ثابت / بواسطة القبض ، وذاك يكفي في العقار ، لأن حقيقة اليد عليه لم تكن قط .

قوله : بأن معظم الانتفاع يحصل بعد القبض - قلنا : نعم ، وإمكان القبض ثابت ، فيقام مقام حقيقة القبض .

قوله : لم قلتم بأنه لا يقف عليه انتفاء غرر انفساخ العقد - قلنا : لأنه نادر جدا .
وأما المنقول إذا كان حجرا قلنا : كيفما كان ، فاحتمال الهلاك في العقار أندر وأبعد من احتمال الهلاك في المنقول ، لأنه يتطرق إلى المنقول من دواعي المهالك وإلا يتطرق إلى العقار .

قوله : وجد هنا مفسد آخر - قلنا : لا نسلم .

قوله : المبيع لم يدخل في ضمان البائع - قلنا : نعم ، ولكن المنهى هو ربح ما لم يضمن ، لا بيع ما لم يضمن ، ولئن كان فهو [مثل]^(٢) المنقول .

١٣٧ - مسألة : كل عقد له مجز حال وقوعه ، كالبيع والإجارة ونحوهما ، ينعقد من الفضولى ، ويتوقف نفاذه على إجازة المالك : إن أجاز المالك ثبت حكمه مستندا إلى وقت العقد ، وإلا يبطل التصرف . وعنده : لا ينعقد أصلا .

(١) في الأصل كذا : « لعذر » . (٢) في الأصل : « من » .

والوجه فيه - أن البيع الصادر من الفضولى تصرف تمليك شرعا ، فوجب أن لا يعرى عن إثبات [العقد] (١) فى الجملة ، قياسا على الوكيل .

وإنما قلنا ذلك - لأنه قصد إيقاعه تمليكا ، فى محل قابل له ، والشرع جعله بسبيل من ذلك : أن هذا التصرف مرضى به من جهة المالك ، لوجود دلالة الرضا ، وهو كونه نافعا له عند الحاجة ، من غير ضرر .

فإن قيل : قولكم بأنه تصرف تمليك - قلنا : لا نسلم . ولا يتصور ذلك ، لأن التمليك ، ولا ملك ، محال .

بيانه - أن السبب ما يلزمه الأثر ، وتصرف الفضولى لا يلزمه الملك ، لا قطعاً ولا ظاهراً ، لأن الملك بالإجازة ، ولا أمانة عليها ، بل على عدمها لما فيها من زوال الملك . ولكن سلمنا أنه جاز أن يقع تمليكا ، ولكن لم قلتم بأن الشرع جعله بسبيل ؟ .

قوله : / بأنه مرضى به من جهة المالك - قلنا : ليس كذلك ، لأنه لو كان مرضيا به ، لكان وكيلا لا فضوليا . ٢/١١٦

ولئن سلمنا أنه مرضى به من جهة المالك - لم قلتم بأنه أمكن تصحيح تصرف الفضولى ، وهذا لأن الإجازة إذا اتصلت (٢) بهذا التصرف ، يثبت الملك فى حكم [ما] يتضرر به المالك وما لا يتضرر به جميعا ، وتصرف الفضولى ما انعقد على هذا الوجه بالإجماع .

ولئن سلمنا أنه أمكن تصحيحه ، ولكن إنما ينعقد إذا كان مفيدا ، وإنه غير مفيد (٣) ، لأن المشتري يحتاج إلى إجازة المالك فيكون وجوده وعدمه سواء ، وصار كشراء الفضولى ، فإنه لا يصح بالإجماع . ثم إنه بيع فيه خيار الإبطال أبداً ، وإنه (١) لعل المراد « الملك » أى الملك الموقوف - انظر فيما يلى المسألة ١٣٨ ص ٣٣٠ - ٣٣٢ .

(٢) فى الأصل كذا : « الإجازة إذ اتصلت .. » .

(٣) فى الأصل : « غير مفيد » انظر الهامش ٤ - ٦ ص ٣٢٩ .

فاسد ، ولأنه يبيع فيه غرر ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر^(١) ، ولأنه يبيع ما ليس عنده وقال عليه السلام : « لا تبع ما ليس عندك »^(٢) .

الجواب :

قوله : لا يتصور التملك - قلنا : يتصور ، لأنه لا يستحيل أن يرد الشرع بثبوت الملك بدون رضا المالك ، أو إن كان يقف على رضا المالك لكن رضا المالك متصور في كل زمان .

قوله : بأن السبب ما يلزمه الأثر - قلنا : تصرف الفضولى لا يعرف كونه سببا حال وجوده ، بل يتوقف على الإجازة ، فبعد الإجازة نعلم أنه كان سببا ، كالجرح والقتل .

قوله : لو كان مرضيا به لكان وكيفا - قلنا : ليس كذلك ، لأن الوكيل من وكله المالك بلفظ التوكيل ، ولم يوجد .

قوله : الإجازة إذا اتصلت به ثبت الملك ، فيما لا يتضرر به ، وهو ما انعقد ، كذا قلنا : إذا وجدت الإجازة تبين أن تصرف الفضولى^(٣) كان مقتضيا للملك في حق جميع الآثار ، وإن ثبت الآثار لم تكن ضررا في حقه .

قوله : إنما يتعقد إذا كان مفيدا وهو غير مفيد^(٤) - قلنا : لا نسلم ، بل هو مفيد^(٥) لأنه يفيد^(٦) توقف الإعطاء الصادر من المشتري ، ويفيد استحقاق الكسب والولد عند الإجازة .

(١) بلوغ المرام ، رقم ٦٦٢ ص ١١٩ و ٦٦٥ ص ١١٩ ورقم ٦٨٦ ص ١٢٣ : « وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر » رواه أحمد وأشار إلى أن الصواب وقفه » .

(٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٦٦٥ ، ص ١١٩ .

(٣) في الأصل كذا : « الفضول » - انظر ما يلى بعد قليل .

(٤ - ٦) في الأصل : « مفيد - مفيد - مفيد » راجع الهامش ٣ ص ٣٢٨ .

١/١١٧ وأما شراء الفضولي / فإنما لا يجوز ، لأنه وجد نفاذا على المشتري - أما ههنا بخلافه .

قوله : بأنه بيع فيه خيار الإبطال أبدا - قلنا : نعم ، ولكن هذا لا يوجب فساد البيع ، كخيار العيب .

قوله : فيه غرر - قلنا : الغرر في ترتيب الآثار على البيع لا في نفس البيع ، فلا يوجب الفساد .

قوله : هذا بيع ما ليس عنده - قلنا : بلى ، ولكنه بيع من جهة الغير ، لا من جهة نفسه ، والنهي ورد على بيع حكيم بن حزام^(١) ، وإنه كان يبيع من جهة نفسه .

١٣٨ - مسألة : المشتري من الغاصب إذا أعتق العبد المشتري ، يصح ويتوقف على إجازة المالك البيع . فإذا أجاز البيع ، يعتق على المشتري ، ويكون الولاء له .
والوجه فيه - أن هذا الإعتاق صادف ملكا موقوفا ، فوجب أن يصح موقوفا ويتم عند تمام الملك له ، بإجازة المالك ، قياسا على إعتاق المشتري من الراهن بدون إجازة المرتهن .

(١) قال في البدائع ، ٥ : ١٤٧ : « .. روى أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها ويأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري ويسلم إليهم فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال : لا تبع ما ليس عندك » وانظر فيه أيضا ص ١٤٨ - ١٤٩ . وابن قدامة ، المغنى ، ٤ : ٢٢٧ وفيه : « .. قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام : « لا تبع ما ليس عندك » رواه ابن ماجة والترمذى وقال حديث حسن صحيح يعنى ما لا تملك » وانظر : بلوغ المرام ، رقم ٦٨٤ ص ١٢٣ عن عروة البارقي ، وكذا سبل السلام ، ٣ : رقم ٧٧٢ ص ٨٣٣ . ٨٣٤ وانظر كتابنا : أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفى ، ج ١ ص ١٨٤ وما بعدها . ونحننا : « العقد الموقوف في الفقه الإسلامى » مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٢٥ ، العددان ١ ، ٢ ، مارس ويونية سنة ١٩٥٥ ، ص ١١٠ - ٢٠٠ .

وإنما قلنا ذلك - لأن البيع الصادر من الغاصب وقع تملكاً لما مر ، والتمليك يقتضى ثبوت الملك بجميع آثاره ، فيثبت الملك المقتضى لجميع آثاره ، إلا أنه امتنع ثبوت بعض الآثار ، وهو الذى يتضرر به المالك ، ولا مانع فيما لا يتضرر به ، فيثبت الإعتاق موقوفاً .

والمعنى من صحة الإعتاق موقوفاً ، انعقاده مقتضياً للأثر المختص به ، وهو العتق مع امتناع ثبوته لما منع وهو ضرر المالك ، وتماه يترتب الآثار عليه عند الإجازة . وإذا ثبت الملك يثبت حكمه وأثره .

فإن قيل : قولكم بأنه امتنع ثبوت بعض الآثار - قلنا : الملك حكم شرعى [و] حيث يثبت ، يقتضى ثبوت جميع الآثار . فأثبتته على وجه لا يترتب عليه بعض الآثار غير مشروع .

ولئن سلمنا أنه مشروع ، ولكنه غير ممكن ، لأن الملك ثابت للمالك بجميع الآثار ، فلا يمكن إثباته للمشتري فى حق بعض الآثار ، لأنه يؤدى إلى الجمع بين ملكين : / دل عليه أن المشتري من الغاصب إذا باع والمسألة بخالها لا ينفذ البيع .

٢/١١٧

ولئن سلمنا أنه أمكن ، ولكن إنما يثبت إذا دل الدليل على ثبوته ، وهو رضا المالك ، ولم يوجد لما فيه من الضرر ، وصار كالمشتري بشرط الخيار إذا أعتق لا يتوقف ، وإن صادف ملكاً موقوفاً . وكذا الغاصب إذا أعتق ثم ملكه بأداء الضمان لا ينفذ^(١) . وكذا الطلاق فى نكاح الفضولى لا يتوقف .

الجواب :

قوله : الملك على هذا الوجه غير مشروع - قلنا : نحن نثبت للمشتري وصفاً مقتضياً لإطلاق التصرف له فى حق بعض الآثار دون البعض ، احترازاً عن تضرر المالك ، وهو المعنى بالملك الموقوف ، وإنه مشروع .

(١) كذا فى الأصل .

قوله : هو غير ممكن لأنه جمع بين ملك المالك وملك المشتري - قلنا : نحن أثبتنا الملك للمشتري في حق حكم لم يثبت للمالك في حقه ، وهو توقف الإعتراف عليه ، فلا يؤدي إلى التمانع . وأما المشتري من الغاصب إذا باع - قلنا : ثمة لا يمكن إثبات الملك للمشتري الثاني أصلا ، فيبطل الشراء أصلا .

قوله : لم يوجد دليل الملك وهو رضا المالك ، لما فيه من الضرر - قلنا : لا نسلم ، بل وجد الرضا لأنه نافع في الجملة . وأما المشتري بشرط الخيار إذا أعتق - إنما لا يصح ، لأنه لم يملك المحل أصلا ، لأن الملك إنما يثبت بالسبب ، واشتراط الخيار مانع ، أما ههنا بخلافه . وأما الغاصب إذا أعتق ثم ملكه إنما لا يصح لأن الغصب ليس بسبب للملك ، لأن الملك فيه يثبت مستندا ، وذلك بطريق الضرورة ، فلا يثبت في حق حكم العتق . وأما الطلاق في النكاح الموقوف إنما لا يقع ، لأنه لم يصادف الملك والعبد أصلا (١) - أما ههنا بخلافه .

١٣٩ - مسألة : خيار الشرط لا يورث - خلافا له (٢) .

١/١١٨ والوجه فيه / - أن فسخ الوارث إبطال للملك معصوم حقا للغير ، فوجب أن لا يجوز ، قياسا على الفسخ بعد مضي ثلاثة أيام .

وإنما قلنا ذلك - لأن استثناء مدة الثلاث عن البيع لاستيفاء المصلحة التي اشتبهت عليه ليتأمل في مدة الخيار ، فيعرف المصلحة ، فيكون مقيدا بحال أهلية التأمل (٣) ، فإذا مات بطلت الأهلية فيبطل الاستثناء فيصير البيع بائنا ، فكان فسخ الوارث إبطالا للملك ثابت ، فلا يجوز .

(١) الظاهر : أى وكذا في العبد أصلا .

والظاهر أن المقصود هنا : العبد إذا أعتقه من اشتراه بشرط الخيار أو أعتقه الغاصب ثم ملكه على ماتقدم هذا .

(٢) قال السمرقندي في النخبة ، ٢ : ١٠٢ : « إذا مات المشروط له الخيار فإنه يسقط الخيار ولا يورث ، سواء كان الخيار للبايع أو للمشتري أو لهما . وقال الشافعي : يورث ويقوم الوارث مقامه ... » .

(٣) في الأصل كذا : « البائل » - وانظر العبارة فيما يلي .

فإن قيل : لا نسلم بأن الملك ثابت للمشتري في مدة الثلاث ، وهذا لأن ثبوت الملك للمشتري في المبيع^(١) ، إنما يكون بثبوت ملك البائع في الثمن ، لأن الميت ليس بأهل للملك ، فلا يثبت ملك المشتري .

ولئن سلمنا أنه يثبت الملك للمشتري ، ولكن لم قلتم بأن غرضه من الاستثناء التأمل في المصلحة ، وظاهر أنه ليس كذلك ، لأن كلامه يوجب الاستثناء مدة الثلاث مطلقا ، فلا يجوز تقييده بالحياة .

ولئن سلمنا أن شرط الخيار لهذا الغرض ، ولكن بالموت بطلت أهلية التأمل بنفسه أم بخلفه ؟ م ع . بيانه - وهو أنا أجمعنا على أن الوارث يقوم مقامه في استيفاء المصلحة المطلوبة من خيار العيب وخيار الرؤية ، فيكون خلفه في خيار الشرط لمصلحة دفع الغبن^(٢) ، والدليل على أن هذه الأهلية لا تبطل بالموت أنه لا تبطل بالجنون ، لقيام الخلف مقامه ، وهو القاضي ، وكذلك العبد المأذون مع المولى .

ولئن سلمنا أن أهلية التأمل بطلت ، لكن لم قلتم بأن البيع يصير باتا ويثبت الملك ، وهذا لأن شرط الخيار إنما كان ليعرف المصلحة ، فإذا مات قبل معرفة المصلحة فلو ثبت الملك يثبت لا على وجه المصلحة ، فلا يجوز .

الجواب :

أما قوله بأن ملك المشتري يقف على ملك البائع في الثمن ، ولم يوجد ، لأنه مات^(٣) فلا يكون أهلا للملك - قلنا : الملك للبائع بعد موته في الثمن ممكن ، بدليل أنه لو نصب ثم مات ثم / تعلق به صيد ، يثبت الملك للميت ابتداء ، حتى يقضى به ديونه ويجهز به .

(١) في الأصل : « في البيع » .

(٢) في الأصل كذا : « العين » - قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ١١٠ : « .. خيار الشرط شرع لدفع الغبن لحديث حبان بن منقذ » - راجع أيضا . التحفة ، ٢ : ٩٣ .

(٣) في الأصل : « لأنه شب » - راجع فيما سبق قوله : « لأن الميت ليس بأهل للملك فلا يثبت ملك المشتري » وانظر قوله فيما يلي .

قوله : كلامه يوجب الاستثناء مدة الثلاث مطلقا ، فلا يجوز تقيده بالحياة - قلنا : يجوز تقيده بدلالة الحال ودلالة الغرض^(١) على ما عرف .

قوله بأن الوارث قائم مقامه - قلنا : لا نسلم . بيانه : وهو أنه أقدم على البيع لاستيفاء مصلحة نفسه لا مصلحة غيره ، والناس مختلفون في المصالح ، بخلاف خيار العيب وخيار الرؤية ، لأن الرؤية والعيب يستوى في علمه جميع الناس ، أما ههنا بخلافه . أما إذا جن من له الخيار - قلنا : بقي الخيار لرجاء الإفاقة في الثلاث . فإن أفاق عاد الخيار وإلا يصير البيع باتا بمضى الثلاث .

وأما العبد المأذون فالمولى لا يقوم مقامه في الخيار ، بل يثبت الخيار للمولى ابتداء - أما هنا بخلافه .

قوله : الخيار ليعرف المصلحة - فإذا مات قبل معرفة المصلحة ، فلو ثبت الملك ثبت لا على وجه المصلحة . - قلنا : شرط الخيار لمصلحتين : محملة تتعلق بنفس البيع ، ومفصلة تتعلق بالتأمل ، وهنا فأتت المفصلة ، فثبت الملك للمصلحة المحملة .

١٤٠ - مسألة : رجلان اشتريا شيئا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام ، لا ينفرد أحدهما بالفسخ . وكذا في خيار الرؤية وخيار العيب - خلافا لهما .

والوجه فيه - أن شرط الرد قد فات ، فيمتنع الرد ، قياسا على ما إذا تعيب المبيع في يد المشتري .

وإنما قلنا ذلك - لأن شرط الرد كون المبيع على الحالة التي كان عليها عند البيع ، لأنه ماضى يعود المبيع إلى ملكه معيبا بعيب حادث ، لما فيه من ضرر الخسران ، والمبيع ههنا تعيب بعيب حادث ، لأنه صار مشتركا ، والشركة في الأعيان عيب ، بدليل الحكم والمعقول :

أما الحكم - [فقد] أجمعنا على أنه لو اشترى شيئا فاستحق بعضه ، يثبت له حق الرد بعيب الشركة .

١/١١٩ وأما المعقول - فهو أن العيب / ما يخل بالانتفاع بالمبيع ، والشركة تخل به ، حتى لو كان جارية مشتركة لا يخل له وطؤها ، فثبت أن الشركة أوجبت عيبا ، فيفوت شرط الرد .

فإن قيل : قولكم بأن المبيع هنا تعيب بعيب حادث - قلنا : لا نسلم .

وأما الشركة - قلنا : لا نسلم بأنه يصير مشتركا ، وهذا لأن كل واحد منهما يرد كل المبيع عندنا ، فلا يصير مشتركا .

ولئن سلمنا أن كل واحد منهما لا ينفرد بالرد في الكل ، لكن لم لا ينفرد برد نصيبه ؟ .

قوله : شرط الرد كون المبيع غير معيب بعيب حادث - قلنا : بعيب حادث قبل القبض أم بعده ؟ ع - ولا يمكن دعواه ، لأن العيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد . والثاني (١) مسلم - ولكن هذا عيب حادث قبل القبض ، لأنه لما (٢) وجد البيع صار العين مشتركا في الحال ، فكان قبل القبض ، فلا يمنع الرد .

ولئن سلمنا أنه بعد القبض - ولكن لم قلتم بأنه ماضى بعوده إلى ملكه معيبا ؟ وهذا لأن إقدامه على البيع مع علمه بكونه معيبا ومع علمه بأنهما قد يتفقان وقد لا يتفقان ، دليل على كونه راضيا بعيب الشركة ، وصار كما إذا اشترى عبدا على أنه بالخيار في النصف ، ينفرد كل واحد منهما برد النصف - كذا هذا .

ولئن سلمنا أن في الرد ضررا بالبايع ، ولكن في منع الرد ضرر بالمشتري .
الجواب :

قوله : كل واحد منهما يرد كل المبيع - قلنا : هذا مخالف مذهب الخصم ، لأن المنقول من مذهبه أن كل واحد منهما ينفرد برد نصيبه .

(١) في الأصل كذا : « والثا » بدون « ني » .

(٢) في الأصل تبدو : « كما » .

قوله : المانع من الرد عيب حادث قبل القبض أم بعده ؟ - قلنا : الدليل يقتضي المنع من الرد بعيب حادث قبل القبض وبعده ، فيضرر البائع ، إلا أننا توافقنا على تحمل ضرر عيب يحدث قبل القبض ، ولكن بشرط أن لا يمكن الرد بدون ذلك العيب ، كفوات الطرف - وهنا أمكن بأن يتفقا عليه .

قوله : إقدامه على البيع مع العلم بالعيب دليل الرضا بالرد / - قلنا : ذاك دليل الرضا ، بأن يعود إليه معينا بذلك العيب لا بعيب آخر . ويمكن ذلك باتفاقهما عليه ، بخلاف ما ذكر من الصورة ، لأنه ثمة وجد الرضا صريحا - أما ههنا بخلافه . .

وأما ما ذكر من المعارضة - قلنا : دفع الضرر عن البائع أولى ، لأنه ضرر لا يقابله عوض ، وضرر المشتري يقابله عوض ، وهو الرجوع بالنقصان^(١) ، فكان دفع الضرر الأعلى أولى .

١٤١ - مسألة : المشتري إذا أفلس بعد قبض المبيع أو مات مفلسا ، لا يثبت للبائع حق الفسخ ، بل يباع المبيع ويقسم بين الغرماء بالحصص . وعنده : يثبت للبائع حق والوجه فيه - أن الفسخ لم يتعين طريقا لإيفاء حق البائع ، فوجب أن لا يثبت للبائع حق الفسخ ، قياسا على ما إذا مات مليئا^(٢) .

وإنما قلنا ذلك - لأن البائع كما يمكنه الوصول إلى حقه بالفسخ ، يمكنه الوصول إلى حقه بجبر المشتري على بيع المبيع أو يبيع القاضى ، فيصل الثمن إلى البائع . وإذا ثبت أن الفسخ لم يتعين طريقا ، وجب أن لا يثبت حق الفسخ ، لأن في الفسخ إبطال ملك المشتري عن المبيع ، وهو ضرر .

فإن قيل : قولكم بأن الفسخ لم يتعين طريقا لإيفاء حقه - قلنا : هذا إنما يستقيم أن لو كنا نثبت حق الفسخ للبائع لإيفاء حقه في الثمن ، وليس كذلك ، بل لإيفاء حقه في المبيع .

(١) في الأصل كذا : « بالنقصان » .

(٢) في الأصل : « مليا » وملئ الرجل صار مليئا أى ثقة فهو مليء - مختار الصحاح .

ولئن سلمنا أن حق الفسخ يثبت لإيفاء حق البائع في الثمن ، لكن لم قلتم بأنه لا يثبت ؟ .

قوله : الفسخ لم يتعين طريقا ، لأنه يمكن إيفاءه بالجبر على البيع - قلنا : لا يمكن الجبر لتعلق حق [المشتري] بالمبيع .

ولئن سلمنا أنه يمكن الجبر ولكن لا يمكن إيفاء كل (١) الثمن إلى البائع ، لتعلق حقوق الغرماء به .

ولئن سلمنا أنه يمكن إيفاء كل الثمن إلى البائع ، لكن في الحال أم بواسطة البيع ؟
ع م - ولكن إذا عجز عن استيفاء الثمن في الحال لم لا يثبت له حق الفسخ ؟ - ألا ترى أنه لو اشترى / عبدا فوجده مرهونا يثبت له حق الفسخ وإن كان إمكان التسليم بعد فك الرهن قائما - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه أمكن إيفاء حقه بطريق آخر ، ولكن أمكن بطريق الفسخ أيضا .
قوله بأن الفسخ إضرار بالمشتري لما فيه من إبطال ملكه - قلنا : هذا الضرر يلزمه لا محالة ، لأن البائع يزول ملكه ، فأنتم تلزمون هذا الضرر بالبائع ، ونحن بالفسخ - فلم كان ما ذكرتم أولى ؟ .

ثم التعليل معارض بما روى عن أبي هريرة قال : « سمعت النبي ﷺ يقول : من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غير [٥] » - أخرجه البخاري ومسلم (٢) .

(١) « كل » تبدو في الأصل كأنها مشطوبة ، لكن سيأتي في الجواب : « كل الثمن » .

(٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٧٢٥ ص ١٣٠ - ١٣١ : عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره » متفق عليه . ورواه أبو داود ومالك من رواية أبي بكر بن عبد الرحمن مرسلًا بلفظ : « أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجد متاعه بعينه فهو أحق به . فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء » ووصله البيهقي وضعفه تبعًا لأبي داود . وروى أبو داود وابن ماجه من رواية عمر بن خلدة : أتينا أبا هريرة في صاحب لنا =
(طريقة الخلاف في الفقه - م ٢٢)

الجواب :

قوله :ثبت حق الفسخ لإيفاء حقه في المبيع - قلنا : إنما يستقيم هذا أن لو بقى حقه في المبيع ، وقد انقطع حقه في المبيع بالمبيع ، حتى لو كان المبيع جارية محل للمشتري وطؤها .

قوله : لا يمكن إيفاؤه بالجبر على البيع لتعلق حق المشتري - قلنا : وفي الفسخ أيضا إبطال حق المشتري ، فلا يمكن التحرز عنه .

قوله : لا يمكن إيفاء كل الثمن إلى البائع لتعلق حق الغرماء - قلنا : هذا فرض على المجيب . وله أن يفرض في صورة لم يكن غريم آخر .

قوله : يمكنه إيفاء الثمن في الحال أم بواسطة البيع ؟ قلنا : بواسطة البيع ، ولكن الواسطة مقدورة له في كل زمان ظاهرا ، وأما إذا وجد المبيع مرهونا ، لا يثبت له حق الفسخ ، بل له أن يطالبه بالفكاك والتسليم إليه .

قوله : أمكن بطريق الفسخ أيضا - قلنا : الفسخ إضرار .

قوله : هذا الضرر يلحقه لا محالة - قلنا : الضرر الذي يلحقه بالبيع دون الضرر الذي يلحقه بالفسخ ، لأن بالبيع يمكنه التصرف في الثمن على وجه يوفى حق غرماء آخر ، فكان أولى .

وأما الحديث - قلنا : بما روى هـ السجستاني في لفظ له : « وإن [مات] المشتري فصاحب المتاع أسوة للغرماء » (١) / .

= قد أفلس فقال : لأقضي فيكم بقضاء رسول الله ﷺ : من أفلس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو أحق به . وصححه الحاكم وضعف أبو داود هذه الزيادة في ذكر الموت « وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨١٣ ، ص ٨٧٢ - ٨٧٥ .

(١) راجع فيما تقدم الهامش السابق .

١٤٢ - مسألة : وطء الثيب يمنع الرد بالعيب .

والوجه فيه - أن شرط الرد بالعيب قد قات ، فيمتنع الرد ، قياسا على وطء البكر .

وإنما قلنا ذلك - لأن شرطه كون المبيع على الحالة (١) التي كان عليها عند البيع - والمبيع ههنا تغير عما كان عليه عند البيع ، لأنه بالوطء استوفى ماءها من تربتها فاحتبس جزء منها (٢) ، فلا يتمكن البائع من اقتضاء الشهوة منها على سبيل الكمال ، فلا يتمكن من الوصول إلى ملك الولد ، فيمتنع الرد .

فإن قيل : التعليل باطل طردا وعكسا : أما طردا - فإننا أجمعنا على أنه لو استوفى ماءها باللمس عن شهوة ، واحتلمت ، لا يمتنع الرد بالعيب . وأما عكسا - فلأن عندكم لو وطئها وهي صغيرة ، يمتنع الرد بالعيب ، وإن لم يوجد استيفاء الماء .

ولئن صح التعليل ولكن لا نسلم بأنه استوفى ماءها - بيانه : أن إنزالها أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه ، والوطء ليس بسبب له قطعا ، بل محتملا لاختلاف الناس فيه .

ولئن سلمنا أنه استوفى ماءها ، ولكن لم قلتم بأنه يمتنع الرد ؟

قوله : لأنها تغيرت - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن بمجرد البيع زال ملك البائع وتعذر عليه الوصول إلى الولد وقضاء الشهوة ، فلم تتغير بالوطء .

(١) في الأصل كذا : « كون المبيع على المبيع على الحالة » وظاهر أن في العبارة تكرارا .

(٢) كذا في الأصل - قال تعالى : ﴿ يخرج من بين الصلب والترائب ﴾ (الطارق : ٧) . وترائب المرأة . والترائب جمع تربية وهو موضع القلادة من الصدر . والولد لا يكون إلا من المائتين . وقيل : الترائب ما بين الثديين وقال الضحاك ترائب المرأة [في] اليدين والرجلين والعينين ... الخ والتربية واحدة الترائب وهو عظام الصدر - راجع : الشوكاني ، فتح القدير ، ٥ : ٤١٩ . فقد أورد أقوالا كثيرة . وفي المعجم الوسيط : الترائب عظام الصدر مما يلي الترقوتين وموضع القلادة . وفي مختار الصحاح : التربية واحدة الترائب وهي عظام الصدر .

ولئن سلمنا أنها تغيرت باستيفاء مائها ، ولكن ماءها فات إلى خلف ، لأن رحمها أو تربتها لا يخلو عن تجدد المياه فيها ، فصار كالإنزاء^(١) على البهيمة ، فإن [ه] لا يمنع الرد - كذا^(٢) هذا .

ولئن سلمنا أنه احتبس جزؤها ، ولكن جزء هو مال أم جزء ليس بمال^(٣) ؟ ع م - ومازها ليس بمال ، لأنه لا يجري فيه البدل والمعاوضة ، واحتباس ما ليس بمال لا يمنع الرد - ألا ترى أنها لو أرضعت عنده لا يمنع - كذا هذا ..

الجواب :

أما قوله : بأنه باطل طردا وعكسا - قلنا : الحكم غير معلق بحقيقة استيفاء الماء ، فتعلق بسببه ، وهو الوطء ، / واللمس ليس بسبب ، وفي الاحتلام لا يقبل قولها على المشتري ، فلا يحكم به .

١/١٢١

وبه خرج الجواب عن السؤال الذي يليه ، لأن الشرع أقام الوطء مقام نزول الماء ، في حق ثبوت النسب ، فيكون سببا .

قوله : لم قلتم بأنها تغيرت ؟ قلنا : لأننا هذا الماء الذي نزل منها بوطء المشتري كان موجودا عند البيع ، وقد زال .

قوله : فات إلى خلف - قلنا : فات لا إلى خلف ، لأن الفات هو الوصول إلى ملك الولد ، وذلك بالوطئات المسبوقة لجميع المياه عادة ، وقد فات ، بخلاف البهيمة فإن الولد يحصل بوطء واحد .

قوله : الفات جزء^(٤) هو مال أم ليس بمال ؟ قلنا : الفات مقصود مطلوب

(١) نزا الفحل وثب وأنزاه جعله يثزو - المعجم الوسيط .

(٢) في الأصل : « كد » .

(٣) في الأصل كذا : « جزا هو مال أم جزا ليس بمال » .

(٤) في الأصل : « حر » .

منها ، وهو كمال الشهوة الذى هو سبب الولد ، بدليل أنه لو اشترى جارية فوجدها رتقاء^(١) يثبت له حق الرد ، لفوات المقصود ، بخلاف ما إذا أرضعت ، لأن فوات اللبن ليس بفوات المقصود ، بدليل أنه لو اشترى جارية فوجدها غير ذات اللبن ، ليس له أن يردها - أما ههنا بخلافه .

١٤٣ - مسألة : قال أبو حنيفة : إذا باع نفس العبد منه بجارية أو أعتق عبده على جارية ، ثم استحققت الجارية أو ردت بعب ، يرجع المولى على العبد بقيمة العبد لا بقيمة الجارية . وعندهم بقيمة الجارية .

والوجه فيه - أن السبب الموجب لتسليم الجارية قد بقى ، وقد عجز عن تسليم نفس الجارية ، فيجب تسليم ما جعل مثلاً لها بحكم العقد وهو العبد ، وقد عجز عن تسليم العبد ، فيجب عليه تسليم قيمته ضرورة .

وإنما قلنا - إن السبب الموجب لتسليم الجارية بقى - وذلك لأن السبب إنما هو العقد السابق وقد بقى ، لأنه لو لم يبق إنما لا يبقى بالفسخ ، وإنه لم ينفسخ ، لأنه لا يقبل الفسخ / فعلم أن السبب الموجب لتسليم الجارية قد بقى ، وقد عجز عن تسليم نفس الجارية ، فيجب عليه تسليم مثلاً دفعاً للضرر ، ومثلاً قد يكون بقيمتها باصطلاح الناس ، وقد يكون باصطلاح العاقدين ، وهو العبد في هذه الصورة ، والمثل الذى جعل بتراضيهما أولى ، لأن اصطلاحهما أنفذ في حقهما ، ومتى عجز عن تسليم العبد ، يجب عليه تسليم مثله ، وهو قيمته دفعاً للضرر .

فإن قيل : لا نسلم بأن العبد مثل الجارية ، لأن الماثلة بين الشئيين إنما تكون من حيث الصورة أو من حيث المعنى - وهنا الماثلة من حيث الصورة منتفية . وكذا من حيث المعنى ، لأن المعانى المطلوبة من الجارية غير المعانى المطلوبة من العبد - غاية ما فى الباب أنهما اتفقا على مبادلة العبد بالجارية بالبيع ، ولكن هذا لا يدل على أنهما جعلاهما مثليين ، بل طلب كل واحد منهما ما فى يد صاحبه .

(١) المرأة رتقاء انسدت فلا تؤتى - المعجم الوسيط .

والدليل على أن العبد ليس بمثل للجارية ، أنه لو أتلّف جارية ، لا يجب عليه عبد ، بل قيمتها .

ولئن سلمنا أن العبد يصلح مثلا للجارية ، ولكن لم قلّم بأنهما جعلاه مثلا ، وهذا لأنهما جعلاه العتق عوضا عن الجارية ، لأن نفس العبد والعتق ليس بمال (١) ، فلا يكون له قيمة ، فصار كما إذا تزوج على جارية أو خالع أو صالح عليها ، ثم استحققت : يرجع بقيمة الجارية - كذا هذا .

ولئن سلمنا أن نفس العبد عوض الجارية ، ولكن إنما يجب تسليمه إذا أمكن ، ولا يمكن ، لأننا لو قلنا بوجوب تسليم العبد ، لما أنه مثل الجارية ، فإذا عجز عن تسليم العبد ، يجب تسليم الجارية - لأنها مثله بالعقد . وإذا عجز عن تسليم الجارية يجب تسليم العبد ، فيؤدى إلى الدور ، فتجب القيمة ، كى لا يؤدى إلى الدور ، وصار كما إذا كاتب عبده على جارية ثم استحققت ، يرجع / عليه بقيمة الجارية . وكذا إذا تبايعا عبدا بجارية ، وتقايلا ، فهلكت الجارية ، قبل القبض ، يرجع بقيمة الجارية . وكذا إذا اشترى دارا بجارية وأخذ الشفيع الدار بقيمة الجارية ثم استحققت الجارية ، يرجع بقيمة الجارية .

الجواب :

قوله : لم قلّم بأن العبد مثل الجارية - قلنا : نحن لا ندعى كون العبد مثلا للجارية مطلقا ، ولكن ندعى أنه مثلها فى المالية ، بمعنى أن ماليته مقدرة بمالية الجارية ، وإنه كذلك ، بدليل أنه لو باع الجارية [بالعبد] فهلكت الجارية فى يد البائع قبل قبض المشتري ، تهلك مضمونة بالعبد ، بخلاف ما إذا استهلك [بها] ، حيث يجب قيمتها ، لأن هناك لم يوجد اصطلاح العاقلين .

قوله : إنهما جعلاه العتق عوضا لا نفس العبد - قلنا : لا نسلم ، بل العوض نفس العبد ، لأن العوض ما يستفاد من جهة المعوض ، والعاقد إنما يمكنه التعويض بما يملكه

(١) « بمال » غير ظاهرة وقد تكون « مال » وقد كتبت بحروف صغيرة جدا بين السطرين .

وهو النفس ، لا العتق ، إلا أن حصول العتق من ضروراته ^(١) ، بخلاف الصلح والخلع ، فإن العوض ثمة سقوط القصاص وسقوط ملك النكاح .

قوله : يؤدي إلى الدور - قلنا : لا نسلم . بيانه - أنه إنما يؤدي إلى الدور أن ^(٢) لو وجب تسليم الجارية عند العجز عن تسليم العبد ، وإنه لا يجب . أما يجب تسليم العبد عند العجز عن تسليم الجارية ، لأن الجارية واجبة للمولى ، بالعقد ، والعقد باق ، فيلزم العبد ، إذا عجز عن تسليمها ، تسليم بدلها وهو العبد . فأما العبد فلا يجب تسليمه بالعقد ، بل بحكم أنه قيمة الجارية .

وأما مسألة الكتابة ^(٣) - فهي على هذا الخلاف .

وأما الإقالة - قلنا : الإقالة فسخ ، وليس بيع ، فلم يبق العقد ^(٤) .

وأما مسألة الشفعة - قلنا : الموجب الأصل ثمة تسليم قيمة الجارية / ولم يقع العجز عنها - أما ههنا بخلافه .

١٤٤ - مسألة : سلم الحال بغير الأجل لا يجوز .

والوجه فيه - أن المسلم إليه لا يخلو : إما أن يكون قادرا على تسليم مثل المسلم فيه في الحال ، أو لا يكون قادرا .

فإن كان قادرا - لا يجوز ، لأن عقد السلم جوز بطريق الضرورة ، لأنه جوز بطريق الرخصة ، لما روى في الحديث « أنه رخص في السلم » ^(٥) والرخصة إباحة الشيء مع قيام دليل الحرمة للضرورة ، ولا ضرورة فيما إذا كان قادرا ، فلا يجوز .

(١) في الأصل كذا : « من ضروره انه » .

(٢) في الأصل كذا : « الدوران » .

(٣) وهي ما إذا كاتب عبده - راجع ما تقدم .

(٤) راجع تكييفها في : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ١٦٣ - ١٦٥ .

(٥) روى أن النبي ﷺ « نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم » - انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٥ . وكتابتنا : أحكام المعاملات المالية في الفقه الحنفي ، ج ١ ص ٥١٤ وما بعدها .

وإن لم يكن قادرا في الحال - لا يجوز ، لأنه يؤدي إلى المنازعة ، لأن صاحبه يطالبه بالتسليم ، وهو يمنع بحكم العجز ، وكل عقد يفضى إلى المنازعة ، فهو حرام^(١) .

فإن قيل : قولكم بأن الرخصة إباحة الشيء المحرم لضرورة - قلنا : لا نسلم بأن قيام الضرورة شرط بل الرخصة إباحة الشيء مع المحرم .

ولكن سلمنا أن قيام الضرورة شرط ، ولكن في الجملة أم الحال ؟ م ع - ولا يمكن دعواه بدليل أنه لو كان له نقود كثيرة فباشر السلم ، يجوز .

ولكن سلمنا أنه لا يجوز السلم على تقدير القدرة على التسليم ، لم لا يجوز على تقدير العجز عن التسليم في الحال ؟ .

قوله : بأنه يؤدي إلى المنازعة - قلنا : الاعتراض عليه من وجهين :

أحدهما - نقول : الشرط وجود التسليم حقيقة أم باعتبار الدليل ؟ م ع - وهذا لأن حقيقة التسليم قد تمتنع لمانع في الحال ، فتعلق الحكم بدليل وقد وجد ، لأنه باشر سلم الحال ، فدل على القدرة في الحال .

والثاني - أن الشرط هو القدرة على التسليم حال وجوب التسليم أو قبل وجوبه ؟ م ع - بيانه : أن التسليم إنما يجب بعد العقد ، وبعد العقد يصير قادرا على التسليم ، لأنه ملك رأس المال في المجلس فيمكنه أن يشتري به مثل المسلم فيه^(٢) .

ثم التعليل معارض بما روى عن النبي ﷺ / « أنه رخص في السلم » مطلقا^(٣) .

١/١٢٣

(١ - ٢) راجع في السلم : السمرقندي ، النخعة ، ٢ : ٤ وما بعدها وفيه (ص ٢١١) أنه يشترط في المسلم فيه « أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت محل الأجل . ولا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس ، كالحبوب . فأما إذا كان منقطعا وقت العقد أو وقت حلول الأجل أو فيما بين ذلك - فإنه لا يجوز عندنا . وقال الشافعي : إن كان موجودا وقت محل الأجل يجوز ، وإن كان منقطعا في غيره من الأحوال » .

(٣) راجع فيما تقدم الهامش . ٥ ص ٣٤٣ .

الجواب :

قوله : لم قلتُ بأن قيام الضرورة شرط للرخصة ؟ - قلنا : لا [ن] الرخصة إنما تكون مع قيام الدليل المحرم ، ولا يجوز ترك الدليل المحرم إلا للضرورة .

قوله : الضرورة شرط في الجملة أم الحال ؟ قلنا : الشرط قيام الضرورة ، إما باعتبار ذاتها أو باعتبار دليلها ، وفيما إذا كانت له أموال كثيرة فأسلم إلى أجل وجد دليل الضرورة ، وهو الإقدام على السلم .

قوله : الشرط وجود التسليم حقيقة أم باعتبار الدليل ؟ قلنا : الشرط وجود التسليم ، كى لا يؤدى إلى المنازعة .

قوله : وجد دليل التسليم ، وهو الإقدام على السلم - قلنا : ذلك لا ينفي المنازعة ، لأن المنازعة إنما تنقطع بحقيقة التسليم .

قوله : بعد العقد يصير قادرا - قلنا : لا نسلم - بيانه : أن الظاهر أن رب السلم لا يسلم رأس المال إليه في هذه الصورة إلا بعد إحضار المسلم فيه .

ولئن سلمنا أنه يصير قادرا بعد العقد ، ولكن القدرة على التسليم على هذا الوجه لا تجامع مع الضرورة الداعية إلى السلم ، لأن المسلم إنما يقبض رأس مال السلم ، ليصرفه في حوائج نفسه ، لا ليشتري به لرب السلم .

وأما الحديث - فمعارض بما روى عن عبد الله بن عباس قال : قدم النبي ﷺ المدينة وهم يُسَلِّفون في الثمار الستين والثلاث فقال : من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم « (١) » .

(١) في بلوغ المرام ، رقم ٧١٧ ص ١٢٩ : « عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قدم النبي ﷺ المدينة وهم يُسَلِّفون في الثمار الستين والثلاث فقال : « من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه . وللبخارى : « من أسلف في شيء » . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٠٥ ، ص ٨٦٥ - ٨٦٦ . والسمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٥ . والسلف بيع السلم - المعجم الوسيط وانتظر أيضا مختار الصحاح .

والترجيح معنا (١) لوجهين .

أحدهما - أن ما رويناه متفق على صحته - أخرجه البخارى ومسلم .

والثانى - أن ما رويناه مقيد ، وما رويتم مطلق ، فكان ما رويناه أولى .

١٤٥ - مسألة : إذا أسلم فى المنقطع فى غير حينه وجعل الأجل فى حينه ، أو

أسلم فى حينه وجعل الأجل فى حينه ، وهو منقطع / فيما بين ذلك ، لا يجوز . خلافا له (٢) .

والوجه فيه - أنه أسلم فيما لا يقدر على تسليمه عند الأجل ، فوجب أن لا يجوز ، قياسا على ما إذا جعل الأجل فى غير حينه .

وإنما قلنا ذلك - لأن القدرة على التسليم عند الأجل إنما يكون بوجود مثل المسلم فيه فى يده أو ملكه عند الأجل ، وذلك إنما يكون بالاكتساب ، والاكتساب لا بد له من

مدة وزمان ، ولا يتمكن من الاكتساب فى كل هذه المدة ، لأنه لا يتمكن من الاكتساب فى زمان الانقطاع لانعدامه ، فلا يقدر على التسليم ، فلا يجوز السلم .

فإن قيل : قولكم بأنه لا يتمكن من الاكتساب فى زمان الانقطاع - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن الاكتساب كما يكون بطريق النقل من يد غيره إلى يده ، يكون

بواسطة الاستحداث والزراعة ، فيكون قادرا فى كل المدة ، ولأنه قادر فى مدة الانقطاع على اكتساب الثمر والمواضعة (٣) مع البائع إلى أوانه ، فيكون قادرا فى كل المدة .

ولئن سلمنا أنه غير قادر على الاكتساب فى كل هذه المدة ، ولكن لا نسلم بأنه إنما ضرب هذه المدة ليقدر على التسليم بالاكتساب فى كل هذه المدة ، بل ليقدر

بالاكتساب فى بعضها وهو مدة الوجود .
الجواب :

قوله : الاكتساب كما يكون بطريق النقل يكون بطريق الاستحداث والزراعة - قلنا :

ليس كل أحد يقدر على الزراعة والاستحداث ، فلا يكون هذا طريقا يعم كل المكلفين ، وأما الكسب بطريق النقل [ف] يعم الكل ، فكان أولى .

قوله : يمكنه ذلك بتحصيل الثمن فى المدة والمواضعة (٤) مع البائع - قلنا : هذا

(١) العين غير ظاهرة فتكون « معنا » وهو الغالب أو « منا » .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ - ٢ ص ٣٤٤ .

(٣ - ٤) انظر : الكاسانى ، البدائع ، ٥٠ : ٢٢٠ - ٢٢٨ . وكتابتنا : أحكام المعاملات

المثالة فى الفقه الحنفى ، ج ١ ص ٤٨٥ وما بعدها .

إشارة إلى الشراء في الزمان المعين ، والشراء في زمان معين ، لا يقدره على التسليم ،
لأ [نه] قد تتفق المصلحة في الشراء وقد لا تتفق .

قوله : لم قلت بأن ضرب المدة كان للقدرة على التسليم في كل المدة - قلنا : شرع
التأجيل في باب السلم للإقدار^(١) على التسليم ، وتعيينه لهذه المدة دلالة على أنه شرطها
للإقدار فيها . على أنه / متى وقع الشك في القدرة لا تثبت بالشك ، ولو فرضنا الكلام
فيما إذا كان كل المدة زمان الانقطاع شرطاً^(٢) للسؤال .
والله أعلم .

١٤٦ - مسألة : السلم في الحيوان لا يجوز ، وإن بين أوصافه . وعنده : يجوز إذا
بين جنسه ونوعه وسنه ووصفه^(٣) .

والوجه فيه - أن هذا عقد لا يعرى عن المنازعة ، فوجب القضاء بفساده ، قياساً
على السلم في الآليات والفصوص^(٤) .

وإنما قلنا ذلك - لأن المسلم فيه ، حيواناً كان أو غيره ، لا يكون معيناً مشاراً إليه ،
بل هو غائب أو معدوم يعرف بذكر أوصافه ، والحيوان مختص بحالة لا يمكن إعلامه
بذكر أوصافه على وجه لا يبقى بينه وبين غيره تفاوت فاحش مع اشتاله على تلك
الأوصاف ، وإذا بقي التفاوت الفاحش في القيمة جاءت المنازعة ، لأن رب السلم
يطالبه بتسليم حيوان ، وصاحبه يسلم أدنى منه ، فيؤدى إلى المنازعة ، فيفسد العقد .
فإن قيل : قولكم بأنه لا يمكن إعلامه بذكر أوصافه على وجه لا يبقى التفاوت -
قلنا : لا نسلم بأنه يتصور التفاوت والجهالة في المسلم فيه - بيانه : أن المسلم فيه ليس

(١) أقدره الله على الأمر قواه عليه - المعجم الوسيط .

(٢) في الأصل : « شرط » . وراجع فيما تقدم الهامش ٣ - ٤ ص ٣٤٦ والهامش ١ - ٢
ص ٣٤٤ .

(٣ - ٤) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ١٥ - ١٦ .

بشيء موجود لا في يده ولا في ملكه ، بل هو مملوك في الذمة ، يصير موجودا حكما بالوصف ، بقدر ما يصير مذكورا ، فلو تحقق التفاوت يتحقق في الموجود ، لا في المسلم فيه ، فلا يفسد .

ولئن سلمنا أنه يتصور التفاوت ، ولكن إذا بين وصفه وسنه ونوعه لم يبق بعد ذلك إلا تفاوت يسير ، فلا يمنع جواز العقد .

ولئن سلمنا أنه يبقى تفاوت ، ولكن هذا تفاوت غير مستحق بالعقد ، فلا يفسد .
ولئن سلمنا أنه تفاوت في المستحق بالعقد ، لكن لم قلتم بأنه يؤدي إلى المنازعة ، وإنما يؤدي / إلى المنازعة إذا كان يوجد في يد المسلم إليه ، أو كان يوجد ولكن لا يطالبه رب السلم ظاهرا وغالبا ، وإن طالبه فالقاضي يقطع الخصومة .

الجواب :

قوله : لا يتصور التفاوت والجهالة في المسلم فيه - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أنه يتصور الجهالة والتفاوت في نفس المسلم فيه ، لأن المسلم فيه هو الحيوان الموصوف في الذمة .

والثاني - أن يوجد التفاوت في نفس المسلم فيه ، لكن يتحقق التفاوت فيما يجب تسليمه عند محل الأجل ، بدلا عن الموصوف في الذمة .

قوله : إذا بين جنسه ووصفه لم يبق إلا تفاوت يسير - قلنا : ليس كذلك بل يبقى بينهما تفاوت فاحش ، لأن بين الحيوان والحيوان تفاوتا فاحشا في القيمة .

قوله : هذا تفاوت غير مستحق بالعقد - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أنه تفاوت في المستحق بالعقد ، لأن المستحق بالعقد هو الموصوف بهذه الأوصاف .

والثاني - إن كان تفاوتا في غير المستحق بالعقد ، لكن هذا يكفي لجريان المنازعة ، لما ذكرنا .

قوله : إنما يؤدي إلى المنازعة إذا كان يوجد في يد المسلم إليه - قلنا : وجوده في يده ومملكه ليس بشرط للمنازعة والمطالبة ، بل وجوده في العالم يكفي - ألا ترى أنه لو أسلم في الخنطة فحل الأجل وليس في ملكه ، توجه إليه المطالبة .

قوله : الظاهر أنه لا يطالبه - قلنا : إنما يرضى بهذا^(١) الحيوان بهذا الثمن اليسير ، إذا لم يمكنه الوصول إلى ما هو أجود منه ، وهنا أمكن ، فالظاهر أنه لا يقنع به .
قوله : القاضى يكلفه بقطع الخصومة - قلنا : بلى ، ولكن كما يتمكن من التسليم بتعيينه ، يتمكن من التسليم بتعيين غيره .
والله أعلم .

١٤٧ - مسألة : إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ، والسلعة هالكة بعد القبض ، لا يتحالفان ، والقول قول المشتري مع / يمينه . وعنده^(٢) يتحالفان ويترادان العقد بالقيمة .

وأجمعوا أن السلعة^(٣) إذا كانت قائمة يتحالفان ، سواء كان قبل القبض أو بعد القبض .

وحاصل الخلاف في تحليف البائع - عندنا : لا يحلف البائع . وعنده : يحلف .
والوجه فيه - أن البائع مدع وليس بمنكر حقيقة ، فلا يحلف على دعواه ، قياسا على سائر المدعين .

وإنما قلنا ذلك - لأن البائع إنما يكون منكرا أن لو كان المشتري مدعيا حقيقة والمشتري ليس بمدع حقيقة [لأن المدعى^(٤) والمنازع ههنا هو الشراء ، والشراء لا

(١) في الأصل كأنها « بهذان » .

(٢) « وعنده » غير ظاهرة تماما وظاهرها : « وعده » .

(٣) تبدو كذلك أو « السعة » .

(٤) كلمة غير مقروءة فهي كذلك : « لا المد » .

يراد لعينه ولا يدعى لذاته». وإنما يدعى لحكمه ، وحكم الشراء لزوم الثمن وسلامة المبيع . فالمشتري لو كان مدعيا للشراء إما أن يكون مدعيا له للزوم الثمن أو لسلامة المبيع : لا وجه للأول ، لأنه حق الغير فلا يصلح مدعيا فيه . ولا وجه للثاني ، لأن المبيع سالم بدون دعواه والبائع مقر له بذلك ، فلا يكون المشتري مدعيا حقيقة ، فلا يكون البائع منكرا حقيقة . وإذا لم يكن البائع منكرا لا يحلف ، لقوله عليه السلام : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر »^(١) جعل جنس الأيمان حجة للمنكرين ، وهذا ينفي كونها حجة للمدعين .

فإن قيل : قولكم بأن المشتري لو كان مدعيا إنما يكون مدعيا لسلامة المبيع والمبيع سالم له - قلنا : المبيع سالم له بالثمن الذى يدعيه وهو أقل الثمنين ، أو لا بالثمن الذى يدعيه ؟ ع م - وهذا لأن المبيع سالم له بإقرار البائع بأكثر الثمنين ، وهو يدعى سلامة المبيع بأقل الثمنين وإنه غيره ، فثبت أن المشتري يدعى شيئا لم يقر به البائع ، فكان البائع منكرا حقيقة .

ولئن سلمنا أن المبيع سالم له بالثمن الذى يدعيه ، لكن مع اليمين أم بدون اليمين ؟ م ع - وإنه يدعى سلامة المبيع بالثمن الذى يدعيه ، بالشراء لا باليمين / ، فكان مدعيا حقيقة والبائع^(٢) منكرا حقيقة ، بدليل أنه يقبل البينة من المشتري .

ولئن سلمنا أن المشتري ليس بمدع حقيقة ، لكن لا شك أنه مدع صورة ، فيكون البائع منكرا صورة ، فيكفى ذلك للتحليف^(٣) ، بدليل أنهما لو اختلفا في جنس العقد بعد هلاك السلعة ، بأن ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة ، يتحالفان ، ويترادان .

(١) بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٩ ص ٢١٩ : « ... وللبيهي بإسناد صحيح : البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٢٢ ص ١٤٨٣ - ١٤٨٤ .

(٢) في الأصل : « والمشتري » ولعل الصواب : « والبائع » .

(٣) في الأصل : « التحليف » .

ثم التعليل معارض بقوله عليه السلام : « إذا اختلف المتبايعان ، تحالفا وترادا » (١) .

الجواب :

قوله : المبيع سالم له بالثمن الذى يدعيه أو لا بالثمن الذى يدعيه ؟ - قلنا : وجوب الثمن لا يصلح مقصودا بالدعوى ، فسلامة المبيع بالثمن كيف يصلح مقصودا بالدعوى ، بل من حيث إنه يضمن انتفاء الزيادة التى يدعيها البائع وليس ذاك أثر وجوب الثمن الذى يدعيه المشتري ، لجواز أن يكون ذلك ثابتا والزيادة ثابتة أيضا ، إنما ذلك أثر إنكار المشتري للزيادة ، فهذا يرجع إلى كون المشتري منكرا لا إلى كونه مدعيا .

قوله : المبيع سالم له مع اليمين أم بدون اليمين ؟ - قلنا : بدون اليمين ، لأن المبيع سالم له قبل اليمين بالبيع وإقرار البائع ، إنما اليمين (٢) لدفع الزيادة التى ينكرها ، لا لسلامة المبيع له . وأما المشتري إذا أقام البينة إنما تقبل لوجود صورة الدعوى ، فإن صورة الدعوى تكفى لسماع البينة ، أما صورة الإنكار [ف] لا يكفى .

وهو الجواب عن السؤال الذى يليه .

وأما الاختلاف فى جنس العقد وجنس الثمن حال هلاك السلعة - فالصحيح أنهما على هذا الخلاف .

وأما الحديث - قلنا : المراد منه حالة قيام السلعة ، لأنه قال : « ترادا » والرد إنما يكون حال قيام السلعة .

والله أعلم .

(١) فى بلوغ المرام ، رقم ٦٤٨ ص ١١٦ : « عن ابن مسعود رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا اختلف المتبايعان ليس بينهما بينة فالقول ما يقول رب السلعة أو يتتاركان » رواه الخمسة وصححه الحاكم . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٧٣٦ ص ٧٩٢ - ٧٩٣ . وفى الأصل كذا : « إذا اختلفا المتبايعان .. » .

(٢) فى الأصل كذا : « الثمن » .

١٤٨ - مسألة . التوكيل بالبيع المطلق إذا باع بغبن فاحش ، ينفذ تصرفه على الموكل .

١/١٢٠ والوجه فيه - أن الموكل وكله / بالبيع المطلق ، وقد أتى بالبيع المطلق ، فوجب أن ينفذ ، قياسا على ما إذا باع بمثل القيمة .

وإنما قلنا ذلك - لأنه أتى باللفظ المطلق ، وهو قوله : « بع هذا العين » ، واللفظ المطلق يدل على إرادة المطلق ، وقد أتى به ، لأن البيع بالغبن الفاحش يبيع من كل وجه ، والبيع المطلق هو البيع من كل وجه . والدليل على أنه يبيع من كل وجه : الحقيقة والعرف والحكم :

أما الحقيقة - فهو أن البيع تمليك المال بالمال وقد وجد .

وأما العرف - فلأنهم يسمونه بيعا .

وأما الحكم - فلأنه لو حلف أن لا يبيع فباع بغبن فاحش ، يحنث .

فإن قيل : قولكم بأنه وكله بالبيع المطلق وقد أتى به - قلنا : لا نسلم . بيانه - أن التقيد كما يكون باللفظ يكون بالغرض ، وغرض الموكل من التوكيل بالبيع الوصول إلى ثمن المثل ، لكن الظاهر أنه لا يرضى بزوال ملكه عن المبيع إلا بعوض يماثله في المالية^(١) ، كما إذا اشترى شيئا [فإنه] يتقيد بالسليم ، وإن كان اللفظ مطلقا - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه مطلق ، ولكن لا يمكن العمل بإطلاقه ، لأننا لو حملناه على الإطلاق ، يصير توكيلا بالجهول ، وهو باطل .

ولئن سلمنا أن التوكيل انصرف إلى البيع المطلق ، ولكن لم قلتم بأن المأني به يبيع مطلق ؟ بيانه - أن البيع بغبن فاحش يبيع من وجه تبرع من وجه ، بدليل أن الأب والوصي إذا باعا مال الصبي بغبن فاحش لا يجوز ، ولو كان يبيعا لجاز . وصار هذا كما

(١) في الأصل كذا : « في المالية » .

إذا وكله بالشراء ، فاشترى بأكثر من القيمة : لا يصح - فلا يجوز هنا ، والجامع هو تهمة الخيانة .

الجواب :

قوله : بأنه مقيد بدلالة الغرض - قلنا : لا نسلم بأن غرضه البيع يمثل القيمة لا محالة ، بل محتمل أن غرضه مثل القيمة ، ويحتمل أن غرضه البيع بالأقل ، لأنه ربما يحتاج إلى ملك الدراهم ، ولا يمكنه البيع إلا بالأقل تحصيلاً لغرض لا يقبل التأخير .

قوله : لا يمكن العمل بإطلاقه ، لأنه يؤدي إلى التوكل بالمجهول - / قلنا : لا / ١٢٦
نسلم ، فإن المطلق ليس بمجهول ولا مجمل ، بل هو معلوم كما في قوله تعالى : ﴿ فتحرير رقبة ﴾ (١) - دل عليه أن التوكيل هنا صحيح بالإجماع .

قوله : هذا بيع من وجه تبرع من وجه - قلنا : لا نسلم ، لأن كل العين مقابل بهذا القدر .

وأما الأب والوصى إذا باعا بغير فاحش إنما لا ينفذ ، مع كونه بيعاً ، لأنه يعرى عن نفع الصبي وهما لا يملكان التصرف في مال الصبي إلا على وجه يعرى [عن] الضرر .
وأما فصل الشراء - [ف] إنما لم يجز لوجود التهمة ، وهي شفقته على نفسه - أما ههنا بخلافه .

(١) المائة : ٨٩ - ﴿ من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة ... ﴾ في كفارة اليمين . والمحادلة : ٣ - ﴿ ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتاسا ﴾ في كفارة الظهار :

وفيما يتعلق بتحرير رقبة مؤمنة - انظر : النساء : ٩٢ - في القتل الخطأ .
(طريقة الخلاف في الفقه - م ٢٣)

كتاب الصرف

١٤٩ - [مسألة] : الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها وإن عينت ، حتى لا يطالب^(١) المشتري بأداء تلك الدراهم ، وله أن يمسكها ويسلم غير [ها] ، ولا يفسخ البيع بهلاكها قبل القبض .

والوجه فيه - أن البيع بالدراهم بيع بثمن ، فكان تعيين هذه الدراهم باطلا ، قياسا على سائر القضايا المخالفة لقضية البيع .

وإنما قلنا ذلك - لأن البيع الذى ذكرت فيه العشرة يقال فيه : إنه بيع بثمن عشرة - وثمن هذا العين في هذا البيع عشرة - وأد ثمنه - وكل ذلك دلالة على أنه بيع بثمن . فكان تعيين هذه الدراهم باطلا ، لأن حكم البيع بالثمن ثبوت الملك للاستحقاق في الثمن مقابلا بالمبيع ، لأنه مقابلة المبيع بالثمن ملكا واستحقاقا ، فيقتضى ثبوت [هـما] في الثمن ، والثمن هو معنى للعين^(٢) ، وهو الدين الثابت في الذمة ، ولهذا توصف العين به ، فيقال بأنه ثمن^(٣) . والدين الثابت في الذمة غير هذه الدراهم ، فلا يقتضى ثبوت الملك فيها .

فإن قيل : قولكم بأن هذا البيع بثمن - قلنا : لا نسلم - بيانه : أن هذا إنما يكون بيعا بثمن : أن لو بقيت الدراهم المذكورة في البيع عند التعيين ثمنًا . أما إذا صارت مبيعا

(١) في الأصل : « لا يطالبه » . والكلام هنا في عقود المعاوضات بوجه عام .

(٢) « للعين » حسب الظاهر . وسيأتى بعد قليل : « ولئن سلمنا أن الثمن معنى العين » .

(٣) ثمن السلعة قدر ثمنها والثمن العوض الذى يؤخذ على التراضى في مقابلة المبيع ، عينا كان أو سلعة - المعجم الوسيط . راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٣١٨ .

فلا ، وإنها صارت مبيعا بالتعيين في باب / الصرف ، حتى لا يجوز^(١) الاستبدال بها ١/١٢٧ قبل القبض وصار كالمكيل والموزون ، فإنها تصلح ثمتنا ومثمتنا . فإذا عينت صارت مثمتنا^(٢) ، كذا هذا .

ولئن سلمنا^(٣) أن هذا بيع بثمان ، ولكن لم قلتم بأن الثمن في هذا البيع غير الدراهم المذكورة فيه ؟ .

قوله : بأن الثمن دين في الذمة - قلنا : ثبوت شيء في الذمة قابل للملك غير معقول ، فلا يمكن ، وإن دل عليه أنه يطالب بتسليم الدراهم لا بتسليم ذلك الوصف الثابت في الذمة .

ولئن سلمنا أن الثمن معنى الغين ، وهو^(٤) المملوك بالبيع ، لكن أجمعنا على إطلاق اسم الثمن على الدراهم الموجودة حقيقة .

(١) قال الكاساني في البدائع ، ٥ : ٢١٨ : « وعلى هذا يخرج الاستبدال ببذل الصرف أنه لا يجوز ، والصرف على حاله : يقبض البذل قبل الافتراق ويتم العقد ، لأن قبض البذل شرط بقاء العقد على الصحة وبالأستبدال يفوت قبضه حقيقة لأن يقبض بدله وبدله غيره .

وقال زفر : إن الاستبدال جائز لأن الشراء لا يقع بعين ما في الذمة ، لأن ما في الذمة من الدراهم لا يحتمل التعيين بلا خلاف ، فكان مشترياً بمثل ما في الذمة ، فيجب لمن عليه الدين في ذمة المشتري دراهم مثل ما في ذمته في النوع والصفة ، فلا يفوت قبض البذل بالاستبدال ، بل يصير قابضاً بطريق المعاوضة ، فيصح الاستبدال . والجواب عنه أن الدراهم والدنانير وإن كانت لا تتعين بالعقد ولكنها تتعين بالقبض ، وقبضها واجب ، وبالمقاصة يفوت القبض حقيقة ، فلا تصح المقاصة فيقي الشراء بها إسقاطاً للقبض المستحق حقاً للشرع ، فلا يصح الشراء وبقي الصرف صحيحاً موقوفاً بقاؤه على الصحة على القبض قبل الافتراق » .

وانظر : ابن نجيم ، البحر ، ٦ : ٢١٨ و ٢١٠ .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٣٥٤ .

(٣) في الأصل كذا : « سلما » .

(٤) « وهو » غير واضحة في الأصل .

ثم الدليل على أن الدراهم المذكورة المشار إليها في البيع تتعين للملك والتسليم - الأحكام :

- منها ما نص في الجامع : لو قال : إن بعت هذا العبد بهذا الكر وبهذه الدراهم ، فهما صدقة ، فباع بهما ، يلزمه التصديق بالكر . فلولا أنه تعين ، وإلا لما لزمه .

- وكذا إذا باع عينا بدرهم ورطل من خمر ، كان للمشتري أن يسترد عين ذلك الدرهم ، فلولا أنه تعين لما كان له ذلك .

الجواب :

قوله : إنما يكون بيعا بضمن أن لو بقيت الدراهم المذكورة في البيع ثمنا - قلنا : الدراهم والدنانير ثمن في كل حال ، ولا يبطل هذا الوصف عنها ، لأن الله تعالى خلقها ثمنا للأشياء ، فإبطال هذا الوصف إخلال بالمصالح ، فكان ثمنا على كل حال من غير التعرض للتعين . على أننا نقول : البيع إذا ذكرت فيه الدراهم سواء عينت أو لم تعين ، فهو بيع بضمن ، ولا يجوز نفى الثمن عنه .

قوله : إذا عينت لم تبق ثمنا - قلنا : لا نسلم .

وأما الاستبدال ببدل الصرف إنما لا يجوز^(١) ، لأن القبض في باب الصرف شرط للتعين ، [وهو] بالقبض ، لا بالعقد^(٢) .

قوله : لم قلتم بأن الثمن في هذا البيع غير الدراهم المذكورة المعينة - قلنا : الدراهم المعينة قط^(٣) لا يتصور أن تكون ثمنا ، لأن الثمن / معنى العين ، وتوصف به العين . ٢/١٢٧

(١) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٥٥ .

(٢) انظر : السمرقندی ، التحفة ، ج ٣ ص ٣٤ و ج ٢ ص ٩ و ١٩ - ٢٠ . والكاساني ، ٥ : ٢١٥ و ٢١٨ - ٢١٩ وكذا ٢٠٣ و ٢٠٧ . وابن نجيم ، البحر الرائق ، ٦ : ٢١٨ . وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٥٥ .

(٣) كذا في الأصل : « قط » . وفي مختار الصحاح : « قط معناه الزمان الماضي - يقال ما رأيته قط » وقد تزايد الفاء فيقال « فقط » بمعنى حسب - انظر مختار الصحاح والمعجم الوجيز .

قوله : إنه غير معقول - قلنا : ليس كذلك ، بل هو معقول ، لأننا نعنى بالدين الثابت فى الذمة وجوب تمليك المال المطلق أو وجوب إبقائه على وجه يجرى عليه أحكام الأموال .

قوله : يطالبه بتسليم الدراهم - قلنا : كما توجه المطالبة بتسليم عين المملوك ، توجه بتسليم مثل المملوك الذى لم يتعين - ألا ترى أنه لو باع بدراهم غير عين ، فالمملوك هو الثمن ، وهو الذى فى الذمة لا الدراهم .

وأما مسألة الجامع - قلنا : شرط التصديق بالكر هو البيع بهذه الدراهم إضافة ، وتسميته فى البيع ، فتصرف اليمين إليه ، وقد وجد ، فليزمه التصديق .

والمسألة الأخرى - ممنوعة ، على أصح الروايتين .

والله أعلم .

كتاب الشفعة

١٥٠ - مسألة : حق الشفعة يثبت للجار الملازق^(١) والشريك في الطريق .
وعنده لا يثبت^(٢) .

وأجمعوا أنه يثبت للخليط^(٣) في نفس الدار .

وأجمعوا على أنه لا يثبت للجار المقابل .

والوجه فيه - أن الجار الملازق شارك الجار الخليط في السبب المستدعى لاستحقاق الشفعة ، فيشاركه في استحقاق الشفعة ، لأن المشاركة في السبب توجب المشاركة في الحكم .

وإنما قلنا - إن الجار الملازق شارك الخليط في السبب المستدعى لاستحقاق الشفعة ، لأن السبب المستدعى لاستحقاق الشفعة في الخليط اتصال المالكين على وجه مخصوص ، وهو الاتصال الذي يوجب تعدى ضرر كل واحد منهما إلى صاحبه ، ضررا خاصا وهو ضرر سوء الصحة وأذى المجاورة - هذا المعنى موجود في حق الجار الملازق ، فيثبت حق الشفعة ، دفعا للضرر .

فإن قيل : قولكم بأن الجار الملازق شارك الخليط في السبب - قلنا : لا نسلم بأن حق الشفعة للخليط ثبت موافقا للقياس معقول المعنى حتى يقبل التعدية .

(١) لزق الشيء بالشيء لزوقا اتصل به لا يكون بينهما فجوة . ولزقه مُلازقة ولزاقا كان لازقا به .
- المعجم الوسيط .

(٢) قال في النخعة ، ٣ : ٦٦ : « سبب استحقاق الشفعة أحد الأشياء الثلاثة : الشركة في البقعة ، والشركة في الحقوق ، والجوار على سبيل الملاصقة - وهذا عندنا . وعند الشافعي لا يستحق إلا بالشركة في البقعة - وهي مسألة معروفة » .

(٣) الخليط يطلق على الشريك . والجمع خلطاء وخلُط - المعجم الوسيط .

١/١٢٨

وبيان أنه ليس من باب / القياس ما روى عن جابر قال : « جعل - وفي لفظ : قضى - النبي ﷺ بالشفعة في كل مال لم يُقسم . فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » متفق على صحته . أخرجه البخاري ومسلم ^(١) .

ولئن سلمنا أنه ثبت معقول معنى ، ولكن لم قلتم بأن المعنى ما ذكرتم ؟ .
قوله : بأن دفع الضرر واجب ، وهذا نوع ضرر - قلنا : هذا وهم ضرر لا ضرر غالب ، لأن عقل المرء ودينه يمنعه عن الإضرار بالجار ، فلا يجب دفعه .
ولئن سلمنا أنه ضرر غالباً ، ولكن يلزم من دفعه إلحاق ضرر بالمشتري ، لما فيه من إبطال ملكه بغير رضاه .

ولئن سلمنا أن ضرره أقل بالدفع ، ولكن يمكن دفعه بطريق المرافعة ، فلا تتعين الشفعة مدفعاً ، بخلاف الخليط ^(٢) ، لأن حق الشفعة للخليط ما ثبت لدفع هذا الضرر ، بل لدفع ضرر آخر ، وهو ضرر مؤنة القسمة .
ولئن سلمنا أنه ثبت لدفع ما ذكرتم ، ولكن لم قلتم بأن الضرر الحاصل باتصال الجوار مثل الضرر الحاصل بالخلطة ؟ وبيان التفاوت أن الضرر ينشأ عن الاتصال ، والاتصال في الخلطة أكثر ، فكان الضرر أكثر ، فلا يصح للاستدلال . وصار هذا كالجار المقابل وكالمملوك بالهبة والصدقة والإرث والوصية ، وإن كان ما ذكرتم موجوداً .
الجواب :

قوله : الشفعة غير معقول - قلنا : لا نسلم .
وأما الحديث - فمعارض بما روى عن أنس قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول :

(١) ورد في بلوغ المرام رقم ٧٥٩ ص ١٣٧ . وزاد : « وفي رواية مسلم : « الشفعة في كل شريك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يُغرض على شريكه . وفي رواية الطحاوي : « قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل شيء . ورجاله ثقات » وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٤٦ ص ٩٠٩ - ٩١١ .

(٢) الخليط الشريك ... راجع الهامش ٣ ص ٣٥٨ .

« الجار أحق بصقبه » - أخرجه البخارى فى صحيحه^(١) . وعن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بشفعته ينتظر به وإن [كان] غائبا إذا كان طريقهما واحدا^(٢) » صحيح أخرجه أبو عيسى .

قوله : هذا وهم ضرر لا ضرر غالب - قلنا : هذا الضرر وإن كان لا يغلب وجوده فى كل زمان / ولكن يغلب وجوده فى مدة العمر - دل عليه تحرز^(٣) الناس عن ذلك . ٢/١٢٨

قوله : يلزم من دفعه إلحاق الضرر بالمشتري - قلنا : ضرر التملك بالشفعة دونه ، لأنه مقابل بضمن الدار ، وضرر سوء الصحبة لا يقابله شيء من المدافع وإنه أدوم . قوله : أمكن دفع هذا الضرر بالمدافعة والمعارضة بنفسه - قلنا : ذاك يؤدي إلى الإيحاء^(٤) والمعاداة والمخاصمة وتضييع^(٥) العمر والمال فلا يصلح مدفعا .

قوله : بأن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر : ضرر مؤنة القسمة - قلنا : هذا لا يصلح علة لاستحقاق الشفعة ، بدليل أن الدار إذا كانت بين ثلاثة نفر لأحدهم نصيب كبير ، فباع نصيبه ، كان لكل واحد منهم أن يأخذه بالشفعة وفيه يزداد مؤنة القسمة .

(١) فى بلوغ المرام رقم ٧٥٩ ص ١٣٧ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٤٨ ص ٩١١ - ٩١٢ .

(٢) فى بلوغ المرام ، رقم ٧٦١ ص ١٣٧ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٤٩ ص ٩١٢ - ٩١٣ . « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها ، وإن كان غائبا ، إذا كان طريقهما واحدا » رواه أحمد والأربعة ورجاله ثقات .

(٣) فى الأصل : « تحرز » . واحترز من كذا وتحرز منه أى توقاه - مختار الصحاح ، والمعجم الوسيط .

(٤) الوحشة من الناس الانقطاع وتبعد القلوب عن المودة - المعجم الوجيز . وأوحش المنزل أقفر وذهب عنه الناس - مختار الصحاح .

(٥) ضيَّعه أضاعه - المعجم الوسيط . والإضاعة والتضييع بمعنى - مختار الصحاح . وفى الأصل كذا : « وتضييع » .

على أنا نقول : بأن ما ذكرتم يصلح علة^(١) ، فيمكن تعديته :

قوله : ضرر الخلطة فوق ضرر الجوار - قلنا : حق الشفعة إنما ثبت لدفع الضرر الحاصل بأصل الاتصال بين^(٢) المالكين ضررا خاصا ، وهو ضرر سوء الصحة - غاية ما في الباب أن ضرره أكثر ، فلا جرم قدمناه على الجار .

وأما الجار المقابل - [ف] لا يستحق الشفعة ، لانعدام الضرر الحاصل باتصال المالكين .

وأما المملوك بالإرث والهبة والوصية - إنما لا تثبت^(٣) الشفعة ، لأنه لا يمكن الأخذ بالشفعة ، لأن الشفعة للأخذ تملكا بعين الثمن الذي اشتراه ، ولا ثمن ، فلا يمكن .

١٥١ - مسألة : الشفعة تستحق على عدد الرعوس . وعنده : على قدر الأنصاء^(٤) .

صورته - دار بين ثلاثة نفر ، لأحدهم نصفها ولآخر ثلثها وثلث سدها - فباع صاحب النصف نصيبه ، فصاحب الثلث والسادس يستحقان الشفعة نصفين . وعنده : أثلاثا .

والوجه فيه - أن الشركاء استووا في سبب الاستحقاق ، فيستوون في الاستحقاق ، قياسا على ما إذا استوت الأنصاء .

وإنما قلنا ذلك - لأن سبب استحقاق الشفعة / في كل المشفوع أصل الاتصال ١/١٢٩ بين المالكين ، وإن قل ، بدليل الحكم والمعقول .

(١) في الأصل كذا : « عليه » .

(٢) كذا في الأصل : « بين » ولكنها غير ظاهرة بحيث تقرأ « من » .

(٣) في الأصل كذا : لا يثبت .

(٤) قال في التحفة ، ٣ : ٨٣ : « ولو كان كان للدار شفعاء ، بسبب الشركة ، فحضروا ، فهي بينهم على عدد الرعوس عندنا . وعند الشافعي : على قدر الأنصاء - وهي مسألة معروفة » .

أما الحكم - [فقد] أجمعنا على أن الدار إذا كانت بين رجلين لأحدهما عشرها وللآخر تسعة أعشارها ، فباع صاحب الكثير فلصاحب القليل الشفعة .

وأما المعقول - وهو أن الشفعة في موضع الإجماع إنما كان لدفع ضرر الدخيل ، وهو موجود ههنا ، فثبت حق الشفعة .

فإن قيل : قولكم ^(١) - لا نسلم بأنهم استووا في سبب الاستحقاق .

أما ما ذكر من الحكم - قلنا : ليس من ضرورة كون الشيء سببا لاستحقاق الكل حالة الانفراد ، كونه سببا لاستحقاق الكل حالة الاجتماع ، كما قلنا في ميراث الابن والأبناء .

قوله : الشفعة تثبت لدفع ضرر الدخيل - قلنا : لدفع مطلق الضرر أو لدفع ضرر يتعلق بملك الشفيع ، باختلال منافع ملكه بأذى الدخيل ؟ ع م - ولكن هذا يكثر بكثرة الملك ويقل بقلته ، والفقهاء فيه أن الحكم يثبت على قدر السبب ووقفه - على ما عرف . ولكن سلمنا أنهم استووا في السبب ، سبب الاستحقاق ، ولكن صاحب الكثير يتضرر بالدخيل أكثر ، فكان حقه في الدفع أكثر .
الجواب :

قوله : ليس من ضرورة كون الشيء سببا لاستحقاق الكل حالة الانفراد ، كونه سببا حالة الاجتماع - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن كونه سببا حالة الانفراد إنما كان لأمر يرجع إلى ذاته ، وليس مما يتعلق بعدم غيره .

وهكذا نقول في الميراث : إن السبب هو استحقاق الكل ، إلا أنه لا يمكن فيتنصف - كذا هذا .

قوله : الشفعة تثبت لدفع مطلق الضرر أم لدفع ضرر يتعلق بملك الشفيع ؟ - قلنا : لدفع ضرر سوء الصحة وأذى المجاورة ، ويستوى فيه صاحب القليل والكثير .

قوله : صاحب الكثير أكثر - قلنا : لا نسلم ، بل يستويان في ذلك .

والله أعلم .

(١) أى قولكم المتقدم بأن الشركاء استووا في سبب الاستحقاق .

كتاب الإجازات

١٥٢ — مسألة : / الأجرة لا تملك بنفس العقد إلا بالتعجيل^(١) .

والوجه فيه - أن الإجارة معاوضة الأجرة بالمنافع ، فوجب أن يثبت الملك في العوضين ، في زمان واحد ، قياسا على سائر المعاوضات المطلقة .

وإنما قلنا [ذلك] - لأن الحاجة مست إلى إثبات الملك في المنافع دون العين ، فشرع ذلك لعقد الإجارة ، دفعا للحاجة ، فوجب أن يثبت الملك في العوضين في زمان واحد ، فإذا تراخى ملك المستأجر في المنافع إلى مضي الشهر ، يتراخى ملك الآجر^(٢) ضرورة .

فإن قيل : قولكم بأن الحاجة مست إلى إثبات الملك في المنافع - قلنا : هذا إنما يستقيم أن لو تصور ثبوت الملك في المنافع ، ولم يتصور ، لأن الملك إطلاق التصرف أو معنى يقتضى إطلاق التصرف ، والمنافع أعراض لا بقاء لها ، فلا يتصور ثبوت فيها . ولكن سلمنا أنه يتصور ثبوته ، ولكن لم قلتم بأنه ثبت ؟ .

قوله : بأن الحاجة مست إلى إثبات الملك فيها - قلنا : الحاجة أيضا مست إلى إثبات الملك في الرقبة .

ولئن سلمنا أن الإجارة تملك الأجر بالمنافع ، ولكن لم قلتم بأنه تراخى ثبوت الملك في المنافع ؟ غاية ما في الباب أنها معدومة حقيقة ولكنها موجودة حكما ، وإنها بعرضية (١) قال في التحفة ، ٢ : ٥١٥ - ٥١٦ : « وإنما يجب الأجر بملك بأحد معان ثلاثة : إما بأن يشترط تعجيله في نفس العقد ، وإما أن يعجل بغير شرط ، وإما باستيفاء المنافع شيئا فشيئا أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم المستأجر إليه وتسليم المفتاح أيضا . وعند الشافعي : تجب الأجرة كلها بنفس العقد - والمسألة معروفة » .

(٢) أجره مؤاجرة استأجره - وسيأتي بعد قليل : « .. لم يتراخى الملك في الأجرة .. » . وقد تكون « الآخر » . والنتيجة من حيث المعنى واحدة : ملك المؤجر في الأجرة .

الوجود ، فكانت موجودة ، بدليل أنا أجمعنا على جواز هذا العقد ، فلو لم تكن موجودة حكما ، لما جاز العقد .

ولئن سلمنا أنها معدومة ، وقد تراخى الملك ، [ف] لِمَ يتراخى الملك في الأجرة . وهذا لأن التسوية بينهما إنما تجب إذا لم يرضيا بالتفاوت ، وقد رضى به ، فلا يستوى . ولئن سلمنا أن التساوى واجب ، ولكن فيما قلتم ترك التساوى ، لأنكم أثبتتم للمستأجر ولاية الانتفاع بالدار في الحال ، وأخرتم ملك الآجر في الأجرة إلى انتهاء المدة ، ولأنه وجد سبب ملك الأجرة ، وهو الإجارة ، فثبت الملك في الحال .

الجواب :

١/١٣٠ / قوله : لم قلتم بأنه يتصور ثبوت الملك في المنافع - قلنا : لدلالة الدليل .

قوله : الملك إطلاق التصرف - قلنا : عنه جوابان .

أحدهما - لا نسلم بأن ملك المنفعة هذا ، بل هذا حد ملك الأعيان .

والثاني - أن الملك إطلاق التصرف ولكن التصرف في المحل إنما يعرف بظهور^(١) أثره فيه ، وأثره يظهر في المنفعة بالانتفاع حالة وجود الانتفاع .

قوله : كما مست الحاجة إلى إثبات الملك في المنافع ، مست الحاجة إلى إثبات الملك في رقة الدار - قلنا : ملك المنافع يغني عن ملك الرقة ، فلا حاجة إليه .

قوله : بأن المنافع معدومة حقيقة موجودة حكما^(٢) - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنها بعرضية الوجود - قلنا : بلى ، ولكن لا نسلم مساس الحاجة ، حتى يجعل موجودا حكما ، إلا أن الشرع جعلها موجودة حكما في حق جواز العقد ، بطريق الضرورة . والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة .

(١) في الأصل كذا : « يطهر » .

(٢) في الأصل كذا : « كما » ..

قوله : إن تراخى الملك في المنافع لم يتراخى في بدلها ؟ - قلنا : تسوية بين العاقلين في حكم العقد .

قوله : إنما تجب التسوية إذا لم يوجد الرضا بالتفاوت - قلنا : بلى ، ولكن الظاهر أنه لا يرضى بالتفاوت ، لأن زوال ملكه عن الأجرة^(١) في الحال فوات ملكه ، فلا يرضى إلا لثبوت ملك له ، إلا إذا وجد الدليل بخلافه ، وهو اشتراط التعجيل أو [التأجيل]^(٢) .

قوله : فيما قلتم ترك التساوى - قلنا : لا نسلم ، بل فيما قلنا تسوية بينهما في حكم العقد ، لأن في كل زمان يثبت الملك في جزء من المنفعة ، يثبت جزء من الأجرة بحصته ، إلا أنه لا يمكن تسليمه .

قوله : بأن الأجرة سبب لملك الأجرة - قلنا : في الحال أم حال ثبوت الملك في المنافع ؟ ع م - إلا أن حكم الإجارة المطلقة ثبوت الملك في الأجرة ، حين ثبت في المنافع^(٣) .

والله أعلم .

١٥٣ - مسألة : إجارة المشاع غير صحيحة ، سواء كان محتملا القسمة كالدار ونحوها ، أو غير محتمل كالدايرة ونحوها - خلافا له^(٤) .

٢/١٣٠ .

وثمرة الخلاف في وجوب المسمى عند التسليم . /

(١) في الأصل قد تكون كذلك أو « الإجارة » .

(٢) في الأصل : « أو التعجيل » أيضا .

(٣) قال في التحفة ، ٢ : ٥٢٨ : « وإجارة المشاع ، فيما يقسم أو لا يقسم ، فاسدة عند أى حنيفة وزفر . وعلى قولها جائزة - وهو قول الشافعى » . و « حين » غير واضحة في الأصل .

(٤) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٥١٦ .

والوجه فيه - أن هذا عقد لا يمكن توفير مقصوده على الوجه الذى اقتضاه العقد ، فوجب القضاء بفساده ، قياسا على ما إذا أجر الأبق .

وإنما قلنا ذلك - لأن المقصود من إجارة المشاع هو التمكن من الانتفاع بالمشاع ، فلا يخلو : إما أن ينتفع المستأجر والآجر بكل الدار معا ، أو أحدهما ، أو ينتفعان بطريق التهاؤ : .

لا وجه للأول - لأنه يحتاج إلى جبر الآجر على الانتفاع بملكه ، ولا يجوز .

ولا وجه للثانى - لأنه لا يستحق الانتفاع بالكل .

ولا وجه للثالث - لأنه لا يخلو : إما أن يكون أصيلا فى النصف نائبا فى النصف ، أو ينتفع بالنصف أصالة وبالنصف عوضا - لا وجه للأول - لأن مالك الرقة لا يصلح نائبا . ولا وجه للثانى - لأنه يؤدى إلى جعل الشخص الواحد مملوكا ومتملكا من شخص واحد ، فى حالة واحدة ، لأن المنفعة تحدث على ملك المالك أولا ثم تصير مملوكة للمستأجر بتمليكه ، فلو صار المالك متملكا المنفعة عليه بطريق المعاوضة ، يؤدى إلى خلاف الحقيقة .

فإن قيل : قولكم بأن هذا عقد لا يمكن توفير مقصوده على ما ذكر - قلنا : لم قلتم بأنه لا يمكن الانتفاع بالمشاع بطريق التهاؤ ؟ .

قوله : بأن طريقه أن يصير كل واحد منهما نائبا عن الآخر فى استيفاء منفعة النصف أو يصير متملكا بطريق المعاوضة ، وكل ذلك متعذر - قلنا : لم قلتم بأنه لا يمكن استيفاء منفعة التصرف بالتهاؤ بدون هذين الطريقين ؟ بيانه - أن المملوك له بإجارة المشاع منفعة النصف الشائع ، فكان المقصود منفعة النصف الشائع ، ومنفعة النصف الشائع فى مدة الشهر منفعة مقدرة بمقدار خاص ، فإذا انتفع بكل الدار فى نصف المدة بطريق التهاؤ أو على سبيل الدوام فقد استوفى عين المملوك له بالمنفعة .

ولئن سلمنا أنه لا يتحقق التهاؤ إلا بالإناابة أو المبادلة - لم قلتم بأنه لا يمكن القول

بهما ؟ .

قوله : بأن المالك لا يصلح نائباً - قلنا : لا نسلم بأن ملك الرقبة ثابت للأجر في حق الانتفاع في هذه الحالة . وهذا لأن / الملك إطلاق التصرف ، وهو غير ثابت . ١/١٣١

ولئن سلمنا أن ملك الرقبة يقتضى إطلاق الانتفاع للأجر ، لكننا أجمعنا على أنه لم يثبت له الإطلاق ، بل هو يثبت للمستأجر . وأما المعاوضة فإننا لا نحقق المعاوضة بينهما في الملك ، بل في إطلاق استيفاء المملوك بطريق المعاوضة ، وصار هذا كما إذا أجر من شريكه ، فإنه يجوز . وكذلك الشيوع الطارئ ، لا يفسد الإجارة .

الجواب :

قوله : بأنه يستوفى منفعة كل الدار في نصف المدة - قلنا : هذا لا يخرج عما ذكرناه من القسمين ، لأن طريقه القسمة [و] فيها معنى المبادلة .

قوله : لم قلم بأن ملك الرقبة في حق الانتفاع قائم للمالك ؟ - قلنا : لأنه ثبت مطلقاً بسبب (١) مطلق ، فيبقى ، والإجارة سبب لملك المنفعة لا لملك الرقبة وإطلاق التصرفات ثابت لولا المانع .

قوله : بأننا لا نحقق المعاوضة في الملك ، بل في استيفاء المملوك على طريق الإباحة - قلنا : هذا باطل ، لأن انتفاع المالك في حصة المستأجر لو كان بطريق الإباحة لكان المستأجر بسبيل من الاسترداد والمنع من الانتفاع . وأما الإجارة من الشريك فلأن كل واحد منهما يملك الانتفاع بالنصف فصلح نائباً عن صاحبه في النصف الآخر . وأما الشيوع الطارئ - قلنا : ليس من ضرورة كون الشيء مانعاً صحة العقد إذا قارن ، أن يكون مفسداً إذا طرأ ، كالجهاالة الطارئة وغيرها .

١٥٤ - مسألة : الأجير المشترك (٢) يضمن ما جنت يده ، والمالك بالخيار : إن شاء ضمنه الثوب غير مقصور (٣) ، ولم يعطه الأجر . والقياس أن لا يضمن .

(١) في الأصل كذا : « سب » .

(٢ - ٣) ظاهر الكلام أنه في القصار وهو المبيض للثياب وكان يهياً النسيج بعد نسجه ببله وذقه بالقصرة - المعجم الوسيط .

والوجه أن الأجير يضمن - أنه أتلف^(١) مالا مملوكا متقوما معصوما حقا للمالكه من غير رضاه ، فيجب عليه الضمان ، قياسا على ما إذا خرقة قبل العقد والأوصاف ظاهرة وبيان عدم الرضا من المالك ، لأن الظاهر من حاله أن لا يرضى بإتلاف ماله ، فيكون سببا للضمان .

فإن قيل : قولكم بأنه أتلف مال الغير - قلنا : لا نسلم بأنه أتلف . وهذا لأن ٢/١٣١ الإتلاف ما / يقصد به التلف ، ولم يوجد منه إلا القسارة^(٢) ، فلا يكون إتلافا .
ولئن سلمنا أنه أتلف المال بهذه الأوصاف ، ولكن لم قلتم بأنه بغير رضا المالك ؟ .

قوله : الظاهر من حاله عدم الرضا - قلنا : بلى ، ولكن جاز أن يوجد منه تصرف يدل على الرضا بالتلف لغرض من الأغراض ، أو نقول : لا يرضى به قصدا أم ضمنا ؟ م ع - وهذا لأن المستحق بالعقد يجب تسليمه وهو مأذون فيه من جهة العاقد ، والعمل المصلح قطعاً كما يصلح طريقاً ، فكذلك المصلح من وجه المفسد من وجه طريق .

ولئن سلمنا أنه حصل ابتداء ولكن إنما يجب الضمان إذا أمكن - فلم قلتم بأنه أمكن ؟ . وبيان عدم الإمكان أنه لو وجب الضمان لا يخلو : إما أن يجب ضمان ثوب مقصور أو ضمان ثوب غير مقصور . لا وجه للأول - لأن وصف القسارة هلك على ملك الأجير . ولا وجه للثاني - لأن الإتلاف ما صادف ثوبا غير مقصور .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن هذا الفعل إتلاف - قلنا : لأننا أجمعنا على أنه لو وجد قبل العقد يكون إتلافاً ، والفعل الحقيقي لا يتفاوت من أن يكون قبل العقد أو بعده ، والقصد ليس بشرط في الضمان .

(١) في الأصل كذا : « اسلف » .

(٢) القِصارة حرفة القَصَّار - راجع فيما تقدم الهامش ٢ - ٣ ص ٣٦٧ . والكلام في « القَصَّار » وهو - في الغالب - أجير مشترك .

قوله : لم قلت من أنه غير إذن المالك - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : جاز أن يرضى به لغرض من الأغراض - قلنا : لا نسلم .

قوله : لا يرضى به قصدا أم ضمنا - قلنا : لا قصدا ولا ضمنا : أما (١) قصدا فظاهر ، وأما ضمنا فلأن الحاجة تندفع باستحقاق المعقود عليه من غير إلحاق الضرر .

قوله : إما أن يجب ضمان ثوب غير مقصور أو مقصور - قلنا : يجب ضمان ثوب غير مقصور .

قوله : الإلتلاف صادف ثوبا مقصورا - قلنا : بلى ، ولكن ذات الثوب ملكه ، وصفة القسارة ليست ملكه ، فيجب ضمان ملكه لا ضمان غير ملكه .
والله أعلم .

(١) في الأصل : « أم » .

كتاب الشهادات

١٥٥ — [مسألة] : النكاح ينعقد بحضرة الفاسق (١)

والوجه فيه - أن لخبر الفاسق أثرا في تغليب الظن ، فوجب أن ينعقد النكاح بحضرة ، / قياسا على العدل . ١/١٣٢

وإنما قلنا ذلك - لأن خبره صادر عن عقل ودين ، والعقل والدين يدعوانه إلى الصدق ويمنعانه عن الكذب ، فوجب أن ينعقد النكاح بحضرة ، لأن الشهادة في باب النكاح إنما شرطت متممة للمصالح المطلوبة من النكاح ، إذ هو تمام بدونه ، فيحصل بخبر الفاسق ، لكونه مغلبا للظن .

فإن قيل : قولكم بأن لخبر الفاسق أثرا في تغليب الظن - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه صادر عن عقل ودين ، وهما يدعوانه إلى الصدق - قلنا : لا نسلم بأن العقل والدين يصرفان الفاسق عن الكذب . وهذا لأن العقل والدين يصرفان عن الكذب لكونه قبيحا ، وعقل الفاسق ودينه إذا كانا لا يصرفانه عن قبيح فوقيه (٢) ، علم أنهما لا يصرفانه عن هذا القبيح . وبهذا فارق العدل .

ولئن سلمنا أن خبره مغلب للظن ، ولكن عند المنازعة يعارضه خبر المنكر ، فتزدحم الظنون ، ولكن سلمنا أنه مغلب للظن ، ولكن لأصل الظن ، لا لظن شبيه بيقين ، وأصل الظن ليس بحجة ، بدليل أن النكاح لا ينعقد بحضرة العبيد والنسوان وحدهن وبحضرة رجل واحد مع أصل غلبة الظن .

(١) قال في التحفة ، ٢ : ١٩٧ : « وأما العدالة (في الشهود) فليست بشرط لانعقاد النكاح عندنا ، حتى ينعقد بشهادة الفاسقين : وعند الشافعي رحمه الله : شرط .. » .

(٢) سيأتي في الجواب : « ... لم يمنعانه عن قبيح فوق هذا .. » .

ولئن سلمنا أنه يؤثر في تغليب الظمن مطلقا ، ولكن لم قلتم بأنه ينعقد النكاح به ؟ .

قوله : الشهادة شرطت متممة لمصالح النكاح - قلنا : لا نسلم ، بل شرطت لإظهار خطر النكاح ، وأما مصالح النكاح فإنما تتم بتوافق الأخلاق لا بالشهادة . ثم التعليل معارض بالكتاب والسنة والمعقول والحكم :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق - الآية ﴾ ^(١) .
وأما السنة - [ف] قوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ^(٢) .
وأما المعقول -- وهو أن الشهادة من باب الكرامة ، والفاسق لا يستحق الكرامة .
وأما الحكم - فإننا أجمعنا على أنه يحرم على القاضي القضاء بشهادة الفاسق ^(٣) .
الجواب :

قوله بأن عمل الفاسق ودينه لم يمنعانه عن قبيح فوق هذا - قلنا : بلى ، ولكن لمعارضه / داع إليه ، وهو تعلق الغرض ^(٤) أو حصول الشهوة ، ولم يوجد ههنا . ٢/ ١٣٢
قوله : يعارضه خبر المنكر - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن خبر المنكر صادر عن تهمة وهو خبر النفع ، وخبر الشهادة صادر عن غير تهمة ، فلا يعارضه .

(١) الحجرات : ٦ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة ، فتصبحوا على ما فعلتم نادمين ﴾ .

(٢) في بلوغ المرام ، رقم ٨٣٢ ص ١٥١ : « عن أبي بردة بن أبي موسى عن أبيه رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي » رواه الخمسة وصححه ابن المديني والترمذي وابن حبان وأعل بالإرسال . وورد أيضا في سبل السلام ، رقم ٩٢٠ ص ٩٨٧ وأضاف فيه : « روى الإمام أحمد عن الحسن بن عمران بن الحصين مرفوعا : « لا نكاح إلا بولي وشاهدين » .

(٣) انظر : التحفة ، ٢ : ١٩٧ - ١٩٨ .

(٤) في الأصل : « العرض » .

قوله : هو مؤثر في أصل الظن أم في الظن الشبيه باليقين - قلنا : في أصل الظن ، والمعول عليه في بناء الأحكام أصل الظن - دل عليه أن الشرع لم يرجح شهادة الأربع على شهادة الاثنين .

وأما شهادة العييد - قلنا : خبر العبد له أثر في تغليب الظن ، ولكن الشرع ألحق خبره بالعدم ، لأنه لو اعتبر شهادته يصير مَعُولًا (١) يتحمل الشهادات ، فتعطل مصالح المولى .

وأما شهادة الفرد وشهادة النساء ، فينعقد النكاح بحضرتهم ، ولكن بانضمام رجل آخر إليهم ، وهذا لا يختص بالفاسق بل هو ثابت في العدل .

قوله : الشهادة شرطت لإظهار خطر النكاح - قلنا : وفيما ذكرناه إظهار خطر النكاح ، لأنها إذا شرطت لتتميم مصالح النكاح ، فخطر النكاح في إتمام مصالحه ، وذلك لا يحصل إلا بانعقاد النكاح ، وانعقاد النكاح لا يكون إلا بالشهود .

وأما الآية - قلنا : الله تعالى ما أمر برد شهادة الفاسق ، بل أمر بالثبوت والتوقف في خبره ، فلا يكون حجة .

وأما الحديث - قلنا : لا يقتضى أن تكون العدالة صفة الشاهد إذ لو كان كذا لقال : شاهدين عدلين ، بل هذا إضافة الشاهد إلى العدل ، فيكون معناه - والله أعلم - قائل كلمة عدل ، وهى الإسلام .

قوله : الشهادة من باب الكرامة - قلنا : والفاسق مستحق الكرامة لمكان الإسلام ، ولهذا تثبت ولايته على نفسه .

وأما الحكم - قلنا : لا نسلم بأنه لا يقضى القاضي بشهادته ، بل يقضى بعد التأمل

(١) القول المستعان به والعول الانتكال والاستعانة - المعجم الوسيط . وقد تقرأ في الأصل « مَعُولًا » والظاهر أن الصحيح ما أثبتناه في المتن اعتمادا على المعنى اللغوى في هذا المجال .

والثبوت ، فرقا^(١) بينه وبين العدل .

والله أعلم .

١٥٦ — مسألة : شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة .

والوجه فيه - أن لخبر الكافر أثرا في تغليب الظن ، فوجب أن يكون له مدخل في فصل الأحكام وقطع الخصومات ، قياسا على خبر المسلم .

وإنما قلنا ذلك - لأن خبره صار عن عقل ودين ، يعتقد فيه قبح الكذب - هذا المعنى / موجود في شهادة المسلم .

فإن قيل : قولكم بأن لخبر الكافر أثرا - قلنا : قبل أن نحجى إلى الاعتراض عليه نقول : خبر الكافر شهادة أم ليس بشهادة ؟ إن قلتم شهادة فممنوع ، وهو تقصير^(٢) في التعليل . وإن قلتم ليس بشهادة ، فلا يجوز قطع الحكم به بالإجماع . والدليل على أن خبر الكافر ليس بشهادة : الكتاب ، والسنة ، والمعقول - على ما مر في مسألة شهادة الفاسق^(٣) .

ولئن سلمنا أنه يتغلب^(٤) الظن ، لكن غلبة الظن حجة مطلقة في الشرع أم حجة بطريق الضرورة ؟ ع م - وهذا لأن الدليل ينفي كون الشهادة حجة ، لما فيها من احتمال الخطأ : إلا أن الشرع جعله حجة للضرورة ، والضرورة اندفعت بشهادة المسلم - دل عليه أن شهادة المستأمن غير مقبولة ، لا على الذمي ولا على المستأمن .

(١) فرّق بين الشيعين فرقا وفرقانا فصل وميز أحدهما من الآخر وفرق بين الخصوم حكم وفصل - المعجم الوسيط . وراجع التحفة ، ٢ : ١٩٧ - ١٩٨ .

(٢) التقصير في الأمر التواني فيه . والاقتصار على الشيء الاكتفاء به - مختار الصحاح . وقصّر في الأمر تهاون فيه - المعجم الوسيط .

(٣) راجع فيما تقدم المسألة رقم ١٥٥ ص ٣٧٠ : « النكاح يتعقد بحضرة الفساق » .

(٤) تغلب على بلد كذا استولى عليه قهرا - المعجم الوسيط .

ثم التعليل معارض بقوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سِيلاً ﴾ (١) وفي قبول شهادته إثبات السبيل على القاضي ، فكان منتفياً .

الجواب :

قوله : بأن خبر الكافر شهادة أم ليس بشهادة ؟ قلنا : شهادة ، لأن الشهادة إخبار عما شاهد وعان ، كما شاهد وعان بلفظ مخصوص ، على وجه يغلب على الظن صدقه ، وإنه موجود ههنا .

والجواب عن الاستدلال بالآية والحديث والمعقول - ما مر في المسألة المتقدمة (٢) .

والكافر مستحق الكرامة من حيث إنه آدمي ، وإن كان مستحقاً للإهانة من حيث إنه كافر فهو وجه آخر .

قوله : الشرع جعل الشهادة حجة بطريق الضرورة - قلنا : بلى . والضرورة هنا موجودة كما في سائر الشهادات .

وأما المستأمن - قلنا : الشرع أبطل أهليته وأهدر عبارته ، لانعدام الحاجة - أما ههنا بخلافه .

وأما النص - قلنا : عام خص منه البعض ، وهو الكافر إذا ادعى على مسلم حقاً ، فيخص هنا .

١٥٧ - مسألة : المحدود في القذف إذا تاب ثم شهد ، لا تقبل شهادته - خلافاً له (٣) .

(١) النساء : ١٤١ . وراجع الهامش ٢ ص ٣٢٣ .

(٢) راجع فيما تقدم المسألة ١٥٦ ص ٣٧٣ وما بعدها ، والمسألة ١٥٥ ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٣) قال في التحفة ، ٣ : ٦٢٥ : « ولا تجوز شهادة المحدود في القذف إذا تاب ، عندنا - خلافاً للشافعي » .

وأجمعوا على / أنه لو تاب قبل إقامة الحد وشهد ، تقبل شهادته . ولو شهد قبل إقامة الحد وقبل التوبة - عند أى حنيفة : تقبل . وعند الشافعى : لا تقبل .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون ^(١) المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ ^(٢) - الله تعالى نهى عن قبول شهادة المحدود فى القذف على سبيل التأييد ، فلا تقبل شهادته .

فإن قيل : المراد من النص رام ^(٣) يعتاد الرمى ويصر عليه ، أم رام لا يعتاده ؟ م ع - وإذا تاب لم يكن ممن يعتاد ويصر عليه ، وسياق هذه الصيغة يستعمل فيمن يعتاد .

ولئن سلمنا أن المراد منه الرامى المطلق ، ولكن لم قلتم بأنه بعد التوبة بقى راميا ، وصار هذا كقوله عليه السلام : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » ^(٤) ثم الملاعن إذا أكذب نفسه يجتمعان . وكقوله تعالى : ﴿ ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ﴾ ^(٥) ثم المنافق إذا مات يصل ^(٦) عليه .

(١) انظر فيما يلى الهامش ٣ .

(٢) النور : ٤ - ٥ ... وأولئك هم الفاسقون . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم .

(٣) رمى فلانا بأمر قبيح قذفه ونسبه إلى الفاحشة (المعجم الوسيط) . وفى الشوكافى ، فتح القدير ، ٤ : ٧ : « قوله (والذين يرمون) استعار الرمى للشم بفاحشة الزنا ، لكونه جناية بالقول . ويسمى هذا الشم بهذه الفاحشة الخاصة قذفا » .

(٤) فى الشوكافى ، فتح القدير ، ٤ : ١١ : « وأخرج عبد الرزاق عن عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ، قالوا : لا يجتمع المتلاعنان أبدا » . ولم نجد فى بلوغ المرام وسبل السلام فى حد القذف .

(٥) التوبة : ٨٤ ﴿ ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ولا تقم على قبره إنهم كفروا بالله ورسوله وماتوا وهم فاسقون ﴾ .

(٦) فى الأصل : « يصل » .

ولئن سلمنا أن بقاءه راميا ليس بشرط ، لكن المراد منه (١) الشهادة القائمة في تلك الحالة أم شهادة حادثة بعدها ؟ م ع - وهذا لأن بالتوبة حدث له شهادة أخرى كالذمي إذا حد في القذف رد [ت] شهادته ، ثم لو أسلم تقبل شهادته .

ولئن سلمنا أن صدر الآية اقتضى النهي عن قبول الشهادة ، ولكن التائب قد استثنى عنه بقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من بعد ذلك ﴾ (٢) ولا يقال بأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه ، وهو قوله : ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ (٣) لأننا نقول : الاستثناء المرتد لأشياء ينصرف إلى الكل كما لو قال : « عبده حر وامرأته طالق إن شاء الله » .

الجواب :

قوله : المراد منه رام يعتاد الرمي - قلنا : ليس كذلك ، لأنه ليس في النص ذلك ، بل هو نهى مطلقا . وهذه الصيغة لا تقتضي الإصرار ، كما إذا قال : « الذين يدخلون الدار من عبيدي أحرار » : يعتق بالدخول مرة (٤) .

قوله : لم قلتم بأنه بقي راميا بعد التوبة ؟ قلنا : بقاءه راميا ليس بشرط ، لأنه نهى عن قبول شهادة من وجد منه الرمي .

قوله : المراد منه الشهادة القائمة حالة / الرمي أم الشهادة الحادثة بعده ؟ قلنا : كل شهادة توجد منه ، لأنه مطلق ، إلا أن الذمي خص بالإجماع - دل عليه أن العبد إذا

١/١٣٤

(١) « المراد منه » غير مقروءة هنا ولكنها سترد واضحة في « الجواب » آخر هذه الصفحة .

(٢) النور : ٥ وتقدمت في الهامش ٢ ص ٣٧٥ .

(٣) النور : ٤ وتقدمت في الهامش ٢ ص ٣٧٥ .

(٤) كذا تبدو .

قذف فحد ثم أعتق لا تقبل شهادته^(١) وإن حدث^(٢) له شهادة بالعتق .

قوله : بأن الله تعالى : استثنى النائب - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أن هذا ليس باستثناء بل هو استدراك كما في قوله تعالى : ﴿ لا يسمعون فيها لغوا إلا سلاما ﴾^(٣) يعنى : « لكن سلاما » .

والثاني - إن كان استثناء ولكنه استثناء من خَلْف^(٤) الجملة فينصرف إلى ما يليه لا إلى الكل - دل عليه أنه لا ينصرف إلى الجلد ، فإنه لا يصير ، كأنه قال : « فاجلدوهم إلا الذين تابوا » - فإن الجلد لا يسقط بالتوبة .

١٥٨ — مسألة : شهادة أحد الزوجين لصاحبه غير مقبولة .

والوجه فيه - أن هذه شهادة لا تعرى عن التهمة ، فلا تقبل ، قياسا على شهادة الوالدين .

(١) في الأصل « شهادة » وقال في التحفة ، ٣ : ٦٢٣ : « وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه .. تقبل بعد العتق .. لكن لو شهد لمولاه وردت شهادته ثم شهد بعد العتق في تلك الحادثة لا تقبل ، بخلاف الكافر إذا شهد على مسلم في حادثة فردت شهادته ثم أعاد تلك الشهادة بعد الإسلام تقبل والفرق مذكور في الخلافات » .

(٢) كذا في الأصل . ولعل المقصود : « جدت » .

(٣) مريم : ٦٢ - ﴿ لا يسمعون فيها لغوا إلا سلاما وهم رزقهم فيها بكرة وعشيا ﴾ .

(٤) كذا تبدو « خلف » . وفي مختار الصحاح : خَلَفَ ضد قدام وجلس خلفه أى بعده . وانظر : المعجم الوسيط . قال ابن قدامة في المغنى ، ٩ : ١٩٧ - ١٩٨ :

« .. وعند أى حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ .

ولنا ... وأما الآية فهي حجة لنا فإنه استثنى التائبين بقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ والاستثناء من النفي إثبات فيكون تقديره : إلا الذين تابوا : فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين . فإن قالوا إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التى تليه بدليل أنه لا يعود إلى الجلد قلنا : بل يعود إليه أيضا ، لأن هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو ، وهى للجمع : تحمل الحمل كلها كالجملة الواحدة ، فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا ما منع منه مانع ... » .

وإنما قلنا ذلك - لأن هذه الشهادة تجر النفع إلى الشاهد ، وإنه يورث التهمة .

وإنما قلنا : إنه [لـ] تجر النفع إلى الشاهد ، لأن ولاية الانتفاع ثابتة لكل واحد من الزوجين بمال صاحبه ، إلا أنها خفيت لحفاء ملك المالك . فإذا ظهر الملك له بالشهادة ، ظهرت ولاية الانتفاع للشاهد ضرورة .

والدليل على أن ولاية الانتفاع ثابتة لكل واحد من الزوجين بمال صاحبه جريان ، العرف والعادة المستمرة فيما بين الأزواج بالانتفاع والاستمتاع بمال صاحبه من غير منكر شرعا ، فعلم أنها تجر النفع إلى الشاهد ، فيتهم ، فلا تقبل شهادته ، لقوله عليه السلام : « لا شهادة للمتهم » .

فإن قيل : هذا التعليل مخالف لإجماع الصحابة ، فإنه روى أن فاطمة ادعت فذك^(١) بين يدي أبي بكر ، فشهد لها على وامرأة فقال أبو بكر : ضمي إلى الرجل رجلا ، أو إلى المرأة امرأة .

ثم نقول : لا نسلم بأن ولاية الانتفاع ثابتة بين الزوجين .

وأما ما ذكر من العادة - قلنا : العادة مشتركة في الأموال والأزواج ، فإن من الأموال / ما ينتفع كل واحد منهما به كالنقود والثياب والجواري . ومن الأزواج من ينتفع بمال صاحبه ومنهم من لا ينتفع به ، فلا تثبت ولاية الانتفاع بعادة مشتركة .

٢/١٣١

(١) قال الله تعالى : ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى قلله وللرسول ولذی القرى والیتامی والمساکین وابن السبیل کى لا یکون دولة بین الأغنیاء منکم ... ﴾ الحشر : ٧ .

قيل : المراد بالقرى : بنو النضير وقريظة وفدك وخيبر .

(انظر في تفسير ذلك : الشوكاني ، فتح القدير ، ٥ : ١٩٥ وما بعدها . ومختصر تفسير ابن كثير ، ٣ : ٤٧٢ وما بعدها . وأستاذنا المرحوم محمد أبو زهرة « خاتم النبیین » ، ٢ ص ١٠٥٥ وما بعدها « يهود فدك » وكذا منه أيضا ص ١٤٩٣ - ١٤٩٤ . وله نظر فيما قاله ابن كثير رحمهما الله (ص ١٠٥٧ - ١٠٥٨) .

ولئن سلمنا أن ولاية الانتفاع ثابتة بينهما ، ولكن بالإذن أم لا بالإذن ؟ م ع - ولا يمكن دعواه لأن ولاية الانتفاع بمال الغير - بغير^(١) إذنه لا تجوز شرعا ، والإذن غير موجود ههنا حالة الشهادة ، لأن [المال]^(٢) في يد الغير .

ولئن سلمنا أن هذه الشهادة تظهر ولاية الانتفاع للشاهد ، لكن قصدا أم ضمنا ؟ ع م - وهذا لأن الداخل تحت الشهادة ملك المدعى ، ونفع الشاهد يحصل ضمنا ، وذلك لا يمنع ، بدليل أنه تقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه وشهادة صاحب الدين لمديونه وشهادة أحد الأخوين لصاحبه .

ولئن سلمنا أنها تظهر ولاية الانتفاع - لم قلتم بأنها [ل] لا تقبل ؟ .
قوله بأنه متهم - قلنا : هذا مجرد وهم ، لا أمانة عليه ، وهو ثابت في كل الشهادات .

ولئن سلمنا أنه متهم ، لم لا تقبل ؟ .
وأما الحديث - فإنه خرج مخرج العادة ، لأن الظاهر أن المتهم لا يشهد خوفا .
الجواب :

أما حديث فاطمة - فالصحيح أن أبا بكر رد دعواها وقال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إنا معاصر الأنبياء لا نورث - ما تركناه صدقة »^(٣) .

أما قوله : لم قلتم بأن ولاية الانتفاع ثابتة - قلنا : لما ذكرنا من العادة .
قوله : العادة مشتركة - قلنا : معلوم ، بالرجوع إلى عادات الأعم والأغلب ، أن ولاية الانتفاع ثابتة بين الزوجين - قال عليه السلام : « تنكح المرأة لما لها وجهها »^(٤) .

(١) « بغير » مكررة في الأصل .

(٢) انظر ما يلي بعد سطور في « الجواب » .

(٣) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٧٨ .

(٤) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٨٢٥ ص ١٤٩ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٩١٣ ص ٩٧٦ : « تنكح المرأة لأربع : لما لها ولحسبها ولجمالها ولدينها ... » .

قوله : ولاية الانتفاع ثابتة بالإذن أم لا بالإذن ؟ - قلنا : بالإذن ، ولكنه ثابت بدلالة الزوجية وبدلالة العادة .

قوله : الإذن غير موجود - قلنا : بلى ، هو موجود على تقدير القدرة وحصول المال .

قوله : بأن هذه الشهادة تظهر ولاية الانتفاع قصدا أم ضمنا ؟ - سواء كان قصدا أو / ضمنا يكفي لإثبات^(١) التهمة ، والتهمة مانعة قبول الشهادة . ١/١٣٥

قوله : بأن [هذه] / شهادة ما تعرى عن التهمة^(٢) - قلنا : هذا القدر من التهمة لا يمنع القبول وإن كان يورث [التهمة] ، ولكنه خص عن قضية النص ، لأن اعتباره يؤدي إلى سد باب الشهادة .

وأما شهادة الغريم والأخ لأخيه - قلنا : لا تهمة ثمة ، لانتهاء^(٣) ولاية الانتفاع .

قوله : هذا مجرد وهم ، وهو موجود في سائر الشهادات - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن المعنى من التهمة أمر يسمى الشخص به متهما عرفا ، وهو أن يتوهم فيه الكذب ، بناء على أمر ظاهر يدعوه إلى الكذب ، وهو موجود ههنا .

وأما قوله : هذا خرج مخرج العادة - قلنا : نفى الشيء الحقيقي على لسان صاحب الشرع نفى لحكمه ، كقوله « لا صلاة إلا بطهارة » و « لا نكاح إلا بالشهود » .

١٥٩ - مسألة : النكاح ينعقد ويظهر بشهادة رجل وامرأتين . وقال الخصم : لا ينعقد ولا يظهر .

وعلى هذا الخلاف : كل حق ليس بمال محض ، وليس بعقوبة ، كالطلاق والعتاق والوصية والرجعة والولاء والنسب .

(١) أورث فلانا شيئا تركه له - أعقبه إياه . ويقال أورثه المرضُ ضعفا والحزنُ هما - المعجم الوسيط . وفي الأصل كذا : « لا رات » .

(٢) العبارة المتقدمة هي : « أن هذه شهادة لا تعرى عن التهمة فلا تقبل ... » ص ٣٧٧ .

(٣) كانت في الأصل : « لا نفع » ثم شطبت العين .

والكلام في موضعين : أحدهما - في انعقاد النكاح . والثاني - في ظهوره والقضاء به .

أما الكلام في الانعقاد - [ف] بطريقة الابتداء وبطريقة البناء :

أما طريقة الابتداء - أن يقول : شهادة رجل وامرأتين شهادة شاهدين - فينعقد النكاح بها كشهادة رجلين . وبيان الوصف ما مر في مسألة الإحصان^(١) : هل يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، من مسائل الحدود ؟ وبيان التأثير قوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » وقوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بشهود » : نفى واستثنى - فيقتضى انعقاد النكاح عند شهادة شاهدين أو شهاد [ة] شهود .

وأما طريقة البناء - فهو أن يبنى الانعقاد على الظهور وجواز القضاء به ، فنقول : شهادة رجل وامرأتين حجة مظهرة للنكاح ، فينعقد النكاح بها ، قياسا على شهادة رجلين .

ووجه ذلك ما بينا في مسألة شهادة الفاسق^(٢) : أن الشهادة في / باب النكاح إنما ٢/١٣٥ شرطت متممة للمقاصد المطلوبة من النكاح ، بواسطة الصيانة عن خلل التجاحد . فإذا كانت هذه الشهادة مظهرة للنكاح موجبة للقضاء به ، تحصل الصيانة عن خلل التجاحد ، فينعقد النكاح به - لما مر . تقريره بسؤاله وجوابه في مسألة شهادة الفاسق .

وأما الكلام في الظهور - فالوجه فيه أن شهادة رجل وامرأتين حجة مُغَلِّبة على الظن وجود النكاح ، فيجب القضاء بها في باب النكاح ، قياسا على شهادة رجلين .

وبيان الوصف ما ذكرنا في مسألة شهادة الفاسق^(٣) . وقامه في مسألة الإحصان^(٤) : هل يثبت بشهادة رجل وامرأتين ؟

(١) راجع فيما تقدم المسألة ٨٧ ص ٢١٧ - ٢١٩ .

(٢) راجع فيما تقدم المسألة ١٥٥ ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٣) راجع فيما تقدم المسألة ١٥٥ ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٤) راجع فيما تقدم المسألة ٨٧ ص ٢١٧ - ٢١٩ .

وبيان التأثير بالنص والمعقول ، على ما مر ، في مسألة شهادة أهل الذمة (١) .
والأسئلة عليها والأجوبة عنها ما مر في مسألة الإحصان (٢) .

١٦٠ — مسألة : قضاء القاضى فى العقود والفسوخ بشهادة الزور ، ينفذ ظاهرا وباطنا .

وعندهم ينفذ ظاهرا لا باطنا .

والمعنى من النفاذ باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله - حتى إن من ادعى على امرأة نكاحا وأقام على ذلك شاهدى زور ، فقضاء القاضى به يثبت ملك النكاح والحل فيما بينه وبين الله تعالى ويحل للمرأة تمكينه ، وإن علمت أن الشهادة زور .
والوجه فيه - أن القاضى قضى بأمر الشرع ، فينفذ قضاؤه ، ظاهرا وباطنا - قياسا على الشهود الصادقين .

وإنما قلنا ذلك - لأن القاضى ألزمهما النكاح وأحكامه بقوله : حكمت بالنكاح بينكما وألزمتهما أحكامه - والخلاف ثابت فى هذه الصورة .

وإنما قلنا بأنه بأمر الشرع - لأنه نائب عن الشرع ، فيصير كلامه منقولا إلى الشرع ، لأنه أمر بالقضاء عن الشرع ، لا عن نفسه ، فصار كأن الشارع قال : ألزمتهما أحكام النكاح وأثبت الحل بينكما . ولو كان كذلك ثبت الحل / فيما بينه وبين الله تعالى .

١/١٣٦

فإن قيل : هذا التعليل مخالف للكتاب والسنة وإجماع الأمة .

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء ﴾

(١) راجع فيما تقدم المسألة ١٥٦ ص ٣٧٣ وما بعدها .

(٢) راجع فيما تقدم المسألة ٨٧ ص ٢١٧ - ٢١٩ والمشار إليها فى الهامش ١ و ٤

سيلا ﴿١﴾ وهذا زنا ، لأنه وطء خال عن ملك النكاح وملك اليمين حقيقة ، وإنه متيقن بذلك ، والمرء مؤاخذ بزعمه .

وأما السنة - [ف] ما روى عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ سمع جلبة خصم بباب حجرته فخرج إليهم فقال : ألا إنما أنا بشر وإنما يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلج من بعض فأحسب أنه صادق فأقضى له ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليحملها أو يذرها » - متفق على صحته . أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما (٢) . ولو نفذ القضاء باطنا كان المال أو الملك حلالا ، ولو كان حلالا لما كان قطعة من النار . وإذا كان النبي ﷺ ، مع كونه مؤيدا بالوحي معصوما عن القضاء بالباطل ، هكذا مقالته في باب قضائه ، فكيف حال قضائنا ؟ .

وأما إجماع الأمة - فلأن الأمة أجمعت على أن كل وطء خلا عن ملك النكاح وملك اليمين ، فهو زنا ، لأنهم وإن اختلفوا في بعض المواضع في سقوط الحد ، ولكن اتفقوا على الحرمة : فمن قال بالحل ، فقد خالف الكتاب والسنة والإجماع ونصب الشرع من عند نفسه .

ثم نقول : لا نسلم بأنه قضى بأمر الشرع .

قوله : بأنه أمر بالقضاء عن الشرع - قلنا : بلى إذا كانت الشهادة صدقا قطعاً ، أما إذا كانت الشهادة صدقا عند القاضي وهي كذب في نفسها ، فهو غير مأمور بالقضاء ، بل منهي عنه لما فيه من تحليل الحرام وتحريم الحلال وإلحاق الضرر بالمسلمين . ولا يقال بأن صدق الشهود أمر باطن لا يمكن القاضي الوقوف عليه ، فلو علقنا الأمر بالقضاء به ، لا يمكنه ، فيؤدى إلى تعطيل المصالح ، لأننا نقول : الاعتراض عليه من وجهين / :

(١) الإبراء : ٣٢ - ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا ﴾ وفي الأصل : ﴿ ومقتا وساء سبيلا ﴾ وهو ما ورد في سورة النساء : ٢٢ - ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ﴾ .

(٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ١١٩٣ ص ٢١٧ . وسبل السلام ، رقم ١٣٠٤ ، ص ١٤٦٥ - ١٤٦٦ . وفيهما اختلاف في اللفظ عما هنا .

أحدهما - أنه إنما يؤدي إلى تعطيل القضاء : أن لو لم يكن القاضي بنى قضاءه على العلم ، وأنه يمكنه بأن يقول : إن كانت الشهود صدقا^(١) قضيت بالنكاح بينكما .

والثاني - إن لم يمكنه العلم بصدق الشهود ، يمكنه تحصيل الظن به : فيمكنه تحصيل الظن بكونه مأمورا بالقضاء ظاهرا ، فيقدم على صورة القضاء ويتوقف في ذلك ويبحث عن أحوال الشهود بالمبالغة في التفحص والتأمل فيه والتريض^(٢) .

ولئن سلمنا أنه مأمور بالقضاء ، ولكن قطعاً أم ظاهراً ؟ الأول - ممنوع ، ولا يمكن القول به ، لأن قيام الحجة ظاهراً يوجب توجه الأمر بالقضاء ظاهراً لا قطعاً . والثاني - مسلم ، ولكن الكلام في النفاذ قطعاً لا ظاهراً .

ولئن سلمنا أن قيام الحجة ظاهراً يوجب توجه الأمر قطعاً ، لكن بالقضاء ظاهراً أم بالقضاء باطناً ؟ :

الأول - مسلم ، ونحن نقول بثبوت أحكام النكاح ظاهراً ، وهو أمر القاضي إياها بالتمكين والزوج بالنفقة وغيرها .

والثاني - ممنوع ، فلم قلتم بأن قيام الحجة ظاهراً يوجب الأمر بالقضاء باطناً ؟ .
ولئن سلمنا أنه مأمور بالقضاء مطلقاً ، لكن إنما يثبت الحل إذا أمكن - فلم قلتم بأنه أمكن ؟ .

(١) صدق فلان في الحديث صدقاً أخبر بالواقع ، فهو صادق وصدق للمبالغة - والجمع صدق . وفي الأصل « صدقة » . وفي كتب السيرة أنه لما استشار النبي ﷺ أصحابه قبيل غزوة بدر قال سعد بن معاذ فيما قال : « .. إنا نصبر في الحرب صدق عند اللقاء ... » . انظر : أستاذنا المرحوم محمد أبو زهرة ، خاتم النبیین ، ٢ : ٧٤٣ .

(٢) يقال : راض نفسه بالتقوى فهو مروض وهى مروضه من راضه رَوْضاً ذلله - المعجم الوسيط . قال السمرقندی في مقدمة التحفة ، ١ : ١١ : « اعلم أن المختصر المنسوب إلى الشيخ أنى الحسين القدورى رحمه الله ، جامع جملا من الفقه مستعملة ... يهذى بها الرائض في أكثر الحوادث والنوازل ويرتقى بها المرتاض إلى أعلى المراق ... » .

وبيانه - وهو أن الحل لو ثبت لا يخلو : إما أن يثبت بواسطة النكاح ، أولاً بواسطة النكاح :

لا وجه للأول - لأنه لم يوجد ههنا نكاح ، والكلام فيه .

ولا وجه للثاني - لأن الله تعالى نفى حل الوطاء ، إلا بملك النكاح أو بملك اليمين ، لقوله تعالى : ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين - إلى قوله - فأولئك هم العادون ﴾ (١) ولا يقال بأن النكاح ههنا يثبت قبيل القضاء مقتضى للقضاء تصحيحاً له فيثبت الحل ، لأننا نقول : إنما يثبت النكاح بطريق الاقتضاء إذا أمكن - فلم قلتم بأنه أمكن ؟ بيانه من وجوه :

أحدها - أن من شرط ثبوت الشيء مقتضى للشيء أن يكون مقتضى دون المقتضى ، وههنا المقتضى فوق المقتضى . / لأن المقتضى ، وهو القضاء ، إظهار النكاح أو إلزام النكاح ، وإنه دون إنشاء النكاح ، لأن إنشاء النكاح إثبات الأصل ، والإظهار والإلزام إثبات الوصف ، والأصل فوق الوصف ، فلا يمكن إثبات الأصل مقتضى إثبات الوصف .

والثاني - أن الشيء إنما يثبت مقتضى للشيء إذا لم يكن (٢) شرطاً أصلياً له ، والنكاح ههنا شرط أصلي للقضاء ، لا يتصور وجود القضاء به بدونه ، لأنه إظهاره لا إنشاؤه ، وإظهار الشيء ولا شيء ، محال .

والثالث - أن النكاح عقد مخصوص ، وهو قوله : « زوجت » و « تزوجت » ، يقف على شرائط مخصوصة ، وهو الشهود والولاية ورضا الزوجين وهذه الأشياء لا تثبت بطريق الاقتضاء .

(١) المؤمنون : ٥ - ٧ : ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين » فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ﴾ .

(٢) في الأصل تبدو : « يمكن » .

ولكن سلمنا أنه أمكن إثبات النكاح بطريق الاقتضاء ، هنا ، ولكن المقتضى إنما يثبت إذا كان فيه تصحيح هذا القضاء ، بل فيه إبطاله .

بيانه - أن هذا قضاء بنكاح قد كان ، فإنشاء النكاح في الحال لا يكون تصحيحا لنكاح قد كان .

والدليل على صحة ما ذكرنا أن القاضى إذا قضى بالنكاح بشهادة الشهود ، ثم وجد الشهود كفارا أو عبيدا أو (١) محدودين في قذف لا ينفذ قضاؤه باطنا ، وإن وجد فيه ما ذكرتم من العلة - دل عليه أن المرأة إذا كانت منكوحة الغير أو معتدة الغير ، والشهود شهدوا على النكاح فقط لا ينفذ باطنا . وكذا قضاء القاضى بشهاد الزور في الأملاك المرسله - لا ينفذ باطنا .

ولكن سلمنا أن النكاح ههنا يثبت بطريق الاقتضاء ، ولكن لم يثبت الحل به ؟ بيانه - أن الحل إنما يثبت بنكاح مطلق ، وهو النكاح من كل وجه ، الظاهر في حق جميع الأحكام ، والنكاح ههنا يثبت بطريق الضرورة والاقتضاء على زعمكم ، فلا يظهر في حق الحل .

الجواب :

أما الآية - قلنا لا تتناوله ، لأنه ليس بزنا . بدليل أنه لا يجب الحد عليه بالإجماع .

وَأما الحديث - قلنا : المراد منه الأملاك المرسله - والله أعلم - على أن في الحديث / ٢/١٣٧ إشارة إلى ذلك فإنه قال : « فمن قضيت له بحق مسلم » - ولا يقال : الاعتراض على هذا من وجوه .

أحدها - أن الحديث مطلق فلا يجوز تقييده ، وليس فيه إشارة إلى الأملاك ، لأن القضاء في هذه الصورة أيضا قضاء بحق مسلم .

(١) في الأصل : « و » وسيأتى في الجواب : « أو » .

والثاني - أن مفهوم هذا الكلام أنه ﷺ أراد : إني بشر مثلكم يجري على الخطأ والسهو في القضايا كما يجري عليكم ، فمن قضيت له مخطئا فلا يأخذ به . وهذا لا يتفاوت بين الأنكحة والأموال المرسلة^(١) .

والثالث - أنه ﷺ قال : « فأحسب أنه صادق فأقضى له » - جعل ظن الصدق علة للخطأ في القضاء ، وهذه العلة قائمة ههنا ، فيثبت معلوله ، فيثبت حكمه .

والرابع - أنكم لما سلمتم أن هذا الحديث يقتضي حرمة الأملاك المرسلة في مثل هذه القضية ، فلا [ن] يقتضي حرمة الفروج ، كان أولى ، لأن حرمة الفروج أشد وأكد من حرمة الأموال .

لأننا نقول : المراد من الحديث الأملاك المرسلة بما ذكرنا من القرينة ، لأن القضاء ههنا ليس قضاء بحق مسلم ، لأن المرأة ليست بحق مسلم .

وأما إجماع الأمة - فالجواب عنه ما ذكرنا : أنه ليس بزنا بدليل عدم وجوب الحد . قوله : لم قلتم بأنه قضى بأمر الشرع ؟ قلنا : لأن المعنى بكونه مأمورا كونه مكلفا ، والتكليف في موضع ما ، لا يقف على^(٢) العلم ، بل الأمر يمتد على الظن وقد حصل الظن .

قوله : أمكن بناء الحكم على الصدق القطعي بدون العلم بالصدق ، بأن يقول^(٣) : قضيت بالنكاح إن كان الشهود صدقا^(٤) - قلنا : هذا باطل ، لأننا أجمعنا أن القاضي لا يحل له أن يقول ذلك في موضع ما ، بل يجب عليه القضاء حتما ، والفقهاء فيه أنه متى غلب على ظنه صدق المدعى وصدق الشهود غلب على ظنه ظلم المدعى عليه ، فيجب على القاضي دفع الظلم قطعاً .

(١) أرسل الشيء أطلقه وأهمله . وأرسل عليه سئلته - المعجم الوسيط .

(٢) في الأصل : « عليه » .

(٣) في الأصل كذا : « يلول » .

(٤) في الأصل : « صدقه » راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٨٤ .

١/١٣٨ قوله : يجب عليه التأمل والتوقف - قلنا : لما بينا أنه / قضى بأمر الشرع يثبت الحل ويجب دفع الظلم بلا توقف ، بمجرد غلبة الظن .

قوله : الأمر بالقضاء توجه قطعاً أم ظاهراً - قلنا : ظاهراً لأنه فصل مجتهد فيه ، فثبت الحل ظاهراً .

قوله : بأنه مأمور بالقضاء ظاهراً أم باطناً ؟ - قلنا : إذا كان مأموراً بالقضاء صار كأن الشرع قال ذلك ، فثبت الحل به ، على ما ذكرنا .

قوله : إنما يثبت الحل إذا أمكن - قلنا : الأصل هو الإمكان .

قوله : الحل لو ثبت إما أن يثبت بواسطة النكاح أو لا - قلنا : إذا دللنا على ثبوت الحل من الشرع فقد دللنا على وجود النكاح ضرورة .

قوله : بأن النكاح لم يوجد حقيقة بل بطريق الاقتضاء ، ولا وجه للاقتضاء - قلنا : لو أثبتنا بطريق الاقتضاء فله وجه ، إلا أننا لا نثبت بطريق الاقتضاء ، بل نثبتة حكماً للقضاء ، لأن القضاء سبب للحل ، ولا حل إلا بالنكاح ، فكان سبباً لثبوت النكاح . ولا يقال بأن النكاح ليس إلا قوله : « زوجت » و « تزوجت » ، وهذا لم يوجد حقيقة ، فلا يمكن إثباته حكماً للقضاء ، لأنه أمر حقيقي لا يوجد بقضاء القاضي ، لأننا نقول : النكاح وصف شرعي في المحل قد يثبت بدون هذه الصيغة ، كما في الأخرس .

قوله : النكاح يختص بشرائط - قلنا والشرائط موجودة ههنا ، وهي : ولاية القاضى وحضور الشهود .

قوله : هذا قضاء بنكاح قد كان ، وثبوت النكاح ابتداء بإبطال القضاء على هذا الوجه - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما أن هذا قضاء بالنكاح مطلقاً ، من غير التعرض للجال والماضى .
والثانى - أن هذا قضاء بنكاح قد كان ، والقاضى ههنا ينشئ نكاحاً يظهر في حق أحكام قد كانت ، فيستند إليه .

وأما إذا وجد الشهود كفارا أو عبيدا أو محدودين إنما لا ينفذ ، لأنه غير مأمور بالقضاء في هذه الحالة ، لأن هذه الأسباب يمكن الوقوف عليها في الجملة ، أما ههنا بخلافه .

وأما إذا كانت المرأة منكوحة الغير - قلنا : لا يمكن إثبات الحل ، لأن الحل إنما يثبت بالنكاح ، والنكاح يقتضى محلا فارغا .

/ وأما الأملاك المرسلة - فلأن أسبابها كثيرة وليس البعض أولى من البعض - أما ٢/١٣٨ ههنا بخلافه .

قوله : النكاح هنا يثبت بطريق الضرورة ، فلا يثبت في حق الحل - قلنا : ليس كذلك ، لأن النكاح هنا يثبت حكما للقضاء ، لا بطريق الاقتضاء .

١٦١ - [مسألة] : النكول حجة يقضى بها في باب الأموال . وعنده (١) لا يقضى بمجرد النكول ، بل ينقل اليمين إلى المدعى . فإذا حلف يقضى له .
والوجه فيه - أن نكول المدعى عليه عن اليمين دل على كونه كاذبا في الإنكار أو باذلا (٢) للمال ، فيجب على القاضي القضاء [للمدعى] بأخذ المال ، قياسا على ما إذا بذل صريحا .

(١) عند الشافعى - انظر : الطرابلسى ، معين الحكام ، ص ٩٦ . و أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٣ .

(٢) البَذْل يقال سألته فأعطاني بذل يمينه : ما قدر عليه - المعجم الوسيط . وهنا معنى البذل ترك المنع أى ترك منع المدعى والإعراض عن منازعته فيما يدعيه وهو جائز في الأموال (انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٢) وقد اختلف في وصفه وحكمه - وانظر في معناه أيضا فيما يلى ص ٢٨٣ .

وقد يجد القارئ المحدث في هذا الموضوع في كلام المؤلف بعض غموض - لذلك نورد ما يلى :
اعتبر أبو حنيفة النكول بَذْلا ، ومعنى البذل ترك المنع أى ترك منع المدعى والإعراض عن منازعته فيما يدعيه . واعتبره الصحابان إقرارا أى بدلا عن الإقرار ، وقائما مقامه في قطع الخصومة .
واستدلا على ما ذهبوا إليه بأن النكول عن اليمين يدل على أن الناكل كاذب في إنكاره السابق ومقر في المعنى بما ادعاه المدعى ولولا ذلك لما نكل .

وقال أبو حنيفة : حمل النكول على البَذْل أولى من حمله على الإقرار ، لأننا لو حملناه على الإقرار ، لكذبناه في إنكاره السابق . ولو جعلناه بَذْلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب ، فكان هذا أولى ، صيانة للمسلم من أن يظن به الكذب .

وقال الشافعى : النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة ويحتمل الترفع عن اليمين الصادقة ويحتمل أيضا اشتباه الحال . وإذا كان الأمر كذلك فلا يصح أن يكون نكول المدعى عليه حجة مع هذا الاحتمال ، بل ترد اليمين على المدعى فإذا حلف قضى له بما ادعاه .

وقول مالك رحمه الله في هذا كقول الشافعى .

(أستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٢ - ٢٤٣) .

« إنما قلنا ذلك - لأن اليمين واجبة عليه ، لقوله عليه السلام : « اليمين على من أنكر »^(١) . وكلمة « على » للإيجاب ، إلا أنه خص منه حالة الكذب والبذل^(٢) ، فقيما عداه يبقى واجبا عليه . فلو لم يكن كاذبا أو باذلا ، كان النكول امتناعا عن الواجب ، والظاهر من حال المسلم أن لا يقدم على ترك الواجب وظلم صاحبه - فدل امتناعه على أن اليمين ليست بواجبة عليه . ولن تخرج من كونها واجبة عليه إلا بكونه كاذبا أو باذلا . فإن كان كاذبا ، يكون ظالما ، فيجب على القاضى دفع ظلمه . وإن كان باذلا كان المدعى آخذا مال نفسه فى زعمه ، فيجب على القاضى تمكينه من ذلك .

= وانظر :

— ابن القيم (٧٥١ هـ) الطرق الحكمية ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٧٢ هـ ١٩٥٣ م ص ١١٦ وما بعدها .

— ابن فرحون (٧٩٩ هـ) تبصرة الحكام ، على هامش عيش (١٢٩٩ هـ) ، فتح العلى المالك ، طبعة الحلبي ، ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ ، ص ١٩٠ وما بعدها .

— الطرابلسى ، معين الحكام ، طبعة الحلبي ، الثانية ، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م ، ص ٩٦ وما بعدها .

— أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، القاهرة ، سنة ١٣٤٧ ، المطبعة السلفية ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

ومجلة الأحكام العدلية : المواد ١٧٤٢ و ١٧٥١ و ١٨٢٠ وشرحها لسليم باز ص ١١٠٦ و ١١٧٩ .

(١) فى بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٩ ص ٢١٩ - وللبهقى بإسناد صحيح : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . وسبل السلام ، رقم ١٣٢٢ ص ١٤٨٣ - ١٤٨٤ وفيهما أيضا عن ابن عباس عن النبى ﷺ قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه - الموضع نفسه فهما

« وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ رد اليمين على طالب الحق - رواهما الدارقطنى وفى إسنادهما ضعف » بلوغ المرام ، رقم ١٢١٧ ، ص ٢٢١ .

(٢) فى الأصل : « والبذل » بالدال لا بالذال . وفيما تقدم ولى : « ... باذلا » .

فإن قيل : قولكم بأن النكول دليل على كونه باذلا أو كاذبا - قلنا : لم قلتم بأن القضاء يجوز بمثل هذه الحجة ؟ بيانه - أن النكول متردد بين الكذب والبذل ، فلا يجوز للقاضي القضاء بحجة مترددة .

ثم نقول : لم قلتم بأن النكول دلالة على كونه كاذبا أو باذلا ، ويحتمل أنه امتنع ترفعا حيث يستحلف على صدق كلامه ، ويحتمل أنه امتنع تورعا أو امتنع لاشتباه الأمر عليه ، والمحتمل لا يكون دليلا .

قوله بأن اليمين واجبة عليه - قلنا : لا نسلم ، ولا نسلم بأن كلمة « على » للإيجاب ، بل حقيقة في التعليل ، مجاز في الوجوب^(١) .

ولئن سلمنا بأنه للإيجاب ، / ولكن لا نسلم بأنه أريد به الإيجاب ههنا . ١/١٣٩

بيانه - أن النبي ﷺ كما ذكر « اليمين » في جانب المنكر بكلمة « على » ، ذكر « البينة » في جانب المدعى بكلمة « على » ، ولم تجب عليه .

ولئن سلمنا أن اليمين واجبة عليه ، ولكن في حال الصدق [قطعا أم^(٢)] في حال اشتباه الأمر عليه ، وإنه قد اشتبه عليه ، فلا يجب .

ولئن سلمنا أن اليمين واجبة عليه ، ولكن الامتناع إنما يدل على الكذب إذا كان عالما^(٣) بالوجوب عليه ، وهو لا يعلم .

ولئن سلمنا أن النكول دليل على كونه صادقا مانعا .

(١) « على » حرف جر بمعنى فوق الشيء أو فوق ما يقرب منه . وقد تكون الفوقية معنوية . ومعنى مع ومعنى عن ومعنى لام التعليل ومعنى في ومعنى من ومعنى الباء وللإستدراك - انظر بيان كل ذلك مع التمثيل لكل في : المعجم الوسيط . وفيه أيضا : تعلل الرجل تدرج في الارتفاع وتعلل عنه ترفع عليه .

(٢) سيأتي في الجواب : « قوله : اليمين واجبة عليه حالة كونه صادقا قطعا أم حالة الاشتباه » .

(٣) في الأصل كذا : « غالبا » . انظر بقية العبارة .

ولئن سلمنا أنه غلب على ظن^(١) القاضي كذبه أو بذه ، [ف] لم يجب عليه القضاء بهذا القدر من الظن ، وإنما يجب إذا لم يمكنه ظن فوجه وقد أمكن ، وهو نقل اليقين إلى المدعى ، وصار كما إذا نكل عن جواب الخصومة ، ولا يقضى بالنكول مرة واحدة^(٢) وإن كان ما ذكرتم موجودا .

الجواب :

قوله : هذه حجة مترددة بين الكذب والإنكار - قلنا : على التقديرين جميعا يجب على القاضي القضاء بملكه ، لأن حكم القضاء بالبذل لا يخالف حكم القضاء بكونه كاذبا ، فيكون النكول حجة على التقديرين .

قوله : يحتمل أنه نكل ترفعا أو تورعا - قلنا : بل أصل الاحتمال ثابت ، ولكن ترجح ما ذكرنا لما مر من الدليل . على أن ما ذكرتم من الاحتمالات ، خلاف الظاهر ، نظرا إلى أحوال أوساط الناس . وأما الاشتباه فإنه قد صرح بنفى الاشتباه لمكان الإنكار .

قوله : لم قلم بأن كلمة « على » للإيجاب - قلنا : بالنقل والاستعمال . قال الله تعالى : ﴿ والله على الناس حج البيت ﴾^(٣) ولا تنافي بين التعلي والوجوب^(٤) .

قوله : لم قلم بأنه أريد به الإيجاب هنا - قلنا : لما ثبت أنه موضوع للإيجاب .

قوله : لم يرد به (اليقين) الإيجاب في جانب المدعى - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - لا نسلم أنه لم يرد به الإيجاب ، بل البينة واجبة على المدعى .

(١) « ظن » غير ظاهرة تماما .

(٢) إذا قال المدعى عليه لا أحلف فالقاضي يقول له : إنى أعرض عليك اليقين ثلاث مرات . فإن حلفت وإلا قضيت عليك بالمال - معين الحكام ، ص ٩٧ . و أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٠ .

(٣) آل عمران : ٩٧ . ويراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٩٢ .

(٤) تَعَلَّى الرجل تدرج في الارتفاع . وتعلّى عنه ترفع عليه - المعجم الوسيط . وقد تقدمت في الهامش ١ ص ٣٩٢ .

والثانى - أن يَرَدَّ به الإيجاب فى حقه ، بدليل منفصل ، لا يدل على أنه / لم يرد به الإيجاب فى موضع آخر .

قوله : اليمين واجبة عليه حالة كونه صادقا قطعاً أم حالة الاشتباه ؟ قلنا : فى الحالين جميعاً ، لأنه مطلق ، على أن الاشتباه منتف - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : هذا إنما يدل على كونه كاذباً أو باذلاً إذا علم - قلنا : لو فرضنا الكلام فى [الحقيقة] ^(١) سقط السؤال . وإن لم نفرض ، فنقول : أحكام الشرع لا تبنى على حقيقة العلم ، بل على دليله ، وهو دار الإسلام .

قوله : بأن التصريح بالإنكار يعارض هذه الدلالة - قلنا : الإنكار معارض بدعوى المدعى ، فبقى النكول من غير معارض ، والمنع لا يمنع ذلك ، إذ لا تنافى بين المنع الحسى وكونه كاذباً .

قوله : إن غلب على ظن القاضى ، لم يجب عليه القضاء - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : يمكنه الوصول إلى ظن فوقه بنقل اليمين - قلنا : نقل اليمين لا يفيد زيادة الظن لا محالة ، والحكم على أصل الظن . وأما إذا نكل عن جواب الخصم ^(٢) - قلنا : لأنه يمكن أن يكون مقراً أو منكراً ، أما ههنا بخلافه ، وإنما لا يقضى بالنكول مرة ، لأنه لا يدل على كونه كاذباً أو باذلاً إلا بالتقرير والتكرير .

والله أعلم .

(١) هنا كلمة غير مقروءة برغم كثرة محاولاتنا . ورسمها كذا : « فى الفقيه » ولعلها : « فى الحقيقة » .

(٢) لو سكت عن جواب الخصم يجعله القاضى مجيباً له - معين الأحكام ص ٩٧ .

١٦٢ - مسألة : الاستحلاف لا يجرى في الأشياء الثلاثة ، وهى : النكاح ^(١) ويندرج تحته الرجعة والفىء في الإيلاء ، والرق ويندرج تحته الولاء ^(٢) ، والنسب ويندرج تحته أمومية الولد لأنها من آثار النسب ^(٣) .

والوجه فيه - أن يمين المدعى عليه في دعوى الرق والنكاح ليست بحق للمدعى فلا يجبر المدعى عليه ، عليه قياسا على ما قبل الدعوى ^(٤) .

ولما قلنا ذلك - لأن المقصود في الدعوى هو حصول المدعى لا غير ، واليمين ليست بوسيلة إليه ، لا على تقدير وجوده ولا على تقدير عدمه . أما على تقدير وجوده فظاهر . وأما على تقدير عدمه ، فلأن النكول إنما يكون وسيلة إلى حقه بواسطة القضاء به ، والقضاء بالنكول في هذا الباب لا يجوز ، لأن النكول بذل ، والبذل ^(٥) لا يجرى في هذه الأشياء / ولهذا لو صرح بالبذل لا يجوز القضاء به .

١/١٤٠

فإن قيل : قولكم بأن يمين المدعى عليه ليست بحق للمدعى ، فلا يجبر عليه - قلنا : إشارة إلى أن الجبر على اليمين لحق المدعى . وعندنا : لا يجبر على اليمين إلا لحق الشرع .

ولئن سلمنا أنه لحق المدعى ، ولكن لم قلتم بأن يمين المدعى عليه ليست بحق له ؟ . قوله : لأن المقصود - حصول المدعى ، واليمين ^(٦) لا تصلح وسيلة إليه - قلنا : لا نسلم .

(١) راجع - السمرقندى ، التحفة ، ٢ : النكاح ص ١٧٤ وما بعدها . والرجعة ص ٢٥٧ - ٢٦٧ . والإيلاء ، ٣٠٥ وما بعدها .

(٢) راجع - السمرقندى ، التحفة ، ٢ : العتاق ص ٣٨٠ وما بعدها . والولاء ، ص ٤٢٤ - ٤٢٩ .

(٣) راجع - السمرقندى ، التحفة ، ٢ : أم الولد ص ٤٠٦ - ٤١٠ . والإقرار بالوارث ج ٣ ص ٣٣٤ - ٣٣٦ .

(٤) راجع في كتاب الدعوى والبيانات - السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ٢٨٩ - ٣١٥ .

(٥) في الأصل : « بدل والبدل بالبدل » انظر ما تقدم ص ٣٩٠ والهامش ٢ منها .

(٦) في الأصل كذا : « والمين » .

قوله : لأن النكول بذل ، والبذل لا يجرى في هذا الباب - قلنا : لا نسلم بأن النكول بذل في موضع ما ، بل هو [إقرار] ^(١) فيه شبهة - دل عليه أن القضاء بالنكول يجرى في حق المكاتب والعبد المأذون والصبي المأذون ، والبذل لا يجرى في حق هؤلاء .

ولئن سلمنا أن النكول في باب الأموال ولكن لم قلم بأنه بذل هنا ؟ . بيانه - أن النكول إنما جعل بذلا في باب الأموال ، لأنها قابلة للبذل ، وهنا غير قابلة ، فلا يحمل عليه .

ولئن سلمنا أن النكول بذل ههنا ، ولكن لم قلم بأن البذل لا يجرى في هذه الأشياء ؟ - وهذا لأن المعنى بالبذل ليس هو التملك ابتداء ، بل هو ترك الخصومة والمنازعة المستحقة للمدعى ، والنفس قابلة للبذل على هذا التفسير ، بخلاف ما إذا صرح بالبذل ، لأنه إباحة ابتداء .

ثم الدليل على أن الاستحلاف يجرى في هذه الأشياء مسألة ذكرها في كتاب الطلاق : إن الرجل إذا طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم قال لها : راجعتك فإنك أخبرتيني أمس أنك طعنت ^(٢) في الحيضة الثالثة ، وقالت المرأة انقضت عدتي وما أخبرتك بشيء ، فإنها تستحلف ، فإذا نكلت يقضى عليها بالنكول .

الجواب :

قوله : الجبر على اليمين لحق الشرع - قلنا : لا نسلم ، بل هي لحق المدعى ، لأنه يثبت بطلبه ويترك بتركه ، وهو الذي ينتفع به على الخصوص ، فيكون حقه .

قوله : لم قلم بأن النكول بذل في موضع ما ؟ قلنا : لأنه يحتمل أن يكون بذلا ويحتمل أن يكون دلالة على الكذب ، إلا أن حمله على البذل أولى ، لأن فيه حمل أمره على الإصلاح .

(١) « إقرار » غير مقروءة وموضعها بياض . ولكن سيأتى في الجواب ما يفيدها .

(٢) طعن في الشيء دخل أو أخذ فيه - يقال : طعنت المرأة في الحيضة دخلت في أيامها -

قوله : بأن النكول إقرار فيه شبهة - قلنا : لا نسلم ، وما ذكر من الأحكام / - ٢/١٤٠ .
قلنا : لا نغنى بالبذل الهبة والتملك ابتداء ، بل نغنى به ترك المنازعة لتحصيل المدعى ،
والبذل على هذا التفسير يجرى في هذه الأشياء في [حق] هؤلاء .

قوله : النكول : إن كان بذلا في الأموال - لم قلتم بأنه بذل هنا ؟ - قلنا : لأن وجه
الدلالة على البذل ، وهو حمل أمره على الصلاح ، تشمل الفصلين .

قوله : غير قابلة - قلنا : نغنى به أنه لو ندم^(١) عليه وترك الخصومة لا يأثم ، سواء
كان المحل قابلا لثبوت الحل بالبذل أو لم يكن .

قوله : لم قلتم بأن البذل على هذا التفسير لا يجرى في هذا الباب - قلنا : بدليل
الإجماع والمعقول :

أما الإجماع - فهو أننا أجمعنا على أن من ادعى على امرأة نكاحا عند القاضي
فأنكرت وقالت : لا نكاح بيننا ، ولكنى لا أنازعه ، فالقاضي لا يقضى بالنكاح بينهما .

وأما المعقول - فلأن الدعوى لا تصلح سببا لاستحقاق هذه الحقوق .

وأما ما ذكر من المسألة - قلنا : ذاك ليس بقضاء بالنكول ، لأن^(٢) الرجعة كانت
ثابتة ، وإنها باقية بقاء العدة ظاهرا ، فالمرأة تدعى بطلان حق الرجعة الواقعة حقيقة
بانقضاء العدة ، فكانت منكورة صحة المراجعة معنى ، فتستحلف ، فإذا نكلت
صحت^(٣) الرجعة بناء على العدة .

١٦٣ - مسألة : القضاء على الغائب ، وللغائب - لا يجوز .

والوجه فيه - أن شرط جواز القضاء لم يوجد ، فلا يجوز القضاء ، قياسا^(٤) على
القضاء قبل الدعوى .

(١) في الأصل تبلى : « قدم » .

(٢) تبلى في الأصل كذلك بعد شطب كلمة « حق » وكتابة « لان » بدلا منها على ما
يبدو .

(٣) في الأصل كنا : « صحت » .

(٤) في الأصل : « قياسا » .

وإنما قلنا ذلك - لأن شرط جواز القضاء وجود الحجة الموجبة للقضاء ، وكونه البينة حجة موجبة للقضاء تقف على وجود الدعوى والإنكار ، وقد انعدم الإنكار ، فلا يكون حجة .

وإنما قلنا : إن شرط كون البينة حجة وجود الإنكار ، لأن الدليل ينفي كون البينة حجة ، لما فيها من احتمال الصدق والكذب ، إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة وإيصال الحق إلى المستحق ، وذلك إنما يكون عند الخصومة والإنكار ، فإذا انعدمت الخصومة / والإنكار ، انعدمت الضرورة ، فلا تكون حجة - ألا ترى أن الشهود إذا شهدوا قبل الدعوى ، ثم ادعى المدعى ، لا يجوز القضاء بتلك الشهادة . ١/١٤١

وإنما قلنا إنه لم يوجد الإنكار - لأن المدعى عليه إذا كان غائبا يحتمل أن يكون مقرا ويحتمل أن يكون منكرا ، بل الظاهر منه الإقرار ، بناء على ظاهر حال المدعى .

فإن قيل : قولكم بأن الدليل ينفي كون البينة حجة - قلنا : لا نسلم .

قوله : لما فيها من احتمال الصدق والكذب - قلنا : احتمالا (١) على السواء (٢) ، وجانب الصدق فيه راجح ع م - فلم قلتم بأنه يبقى العمل بالمحتمل الذي رجح جانب الصدق فيه لظاهر حاله ؟ .

ولئن سلمنا أن البينة حجة ضرورية ، لكن لم قلتم بأن تلك الضرورة لم توجد هنا ؟ . قوله : الإنكار شرط لوجود الضرورة - قلنا : لا نسلم - بيانه أن الضرورة الجاعلة للبينة حجة ، ضرورة الوصول إلى الحق ، وقد وجدت ههنا ، لأن الغائب إن كان مقرا يمكنه الوصول إلى الحق بدون البينة . وإن كان منكرا ، لا يمكنه الوصول إلا بالبينة ، فلا بد من البينة .

ولئن سلمنا أن الضرورة هي للإنكار ، ولا إنكار (٣) ههنا - ولكن لم قلتم بأنه لا ضرورة إلى إثبات الحق ؟ .

(١) كذا سيأتي في الجواب : « احتمالا » .

(٢) سيأتي في الجواب : « أو » .

(٣) في الأصل : « ولا الإنكار ههنا » .

ولئن سلمنا أن الإنكار شرط ، ولكن قطعاً^(١) أم ظاهراً ؟ ع م - فلم قلتم بأنه لم يوجد الإنكار ظاهراً ؟ وبيان وجوده أن المدعى كما يدعى أصل الحق ، يدعى إنكار المدعى عليه ، لأنه لو لم يدع^(٢) إنكاره لا تسمع منه البينة . والظاهر من كلامه الصدق ، فكان الظاهر وجود الإنكار ، والإنكار ظاهراً يكفى للبينة ، بدليل أن الوكيل إذا أنكر على موكله ، يقضى على الموكل ، وإن كان احتمال الإقرار من الموكل ثابتاً . ولئن سلمنا أنه لم يوجد الإنكار أصلاً - لم لا يجوز القضاء ؟ بيانه : أن شرط جواز القضاء وجود حجة ما ، لا وجود حجة معينة ، وهى البينة .

والدليل على أن القضاء على الغائب جائز - الأحكام :

منها - أن عبداً لو قذف حراً ، فادعى المذدوف على القاذف العتق لإقامة الحد الكامل ، والمولى غائب ، وأقام البينة / ، فإنه يقضى عليه بالعتق . ٢/١٤١

ومنها - أن من ادعى عبداً فى يد إنسان ، وقال : اشتريته من فلان الغائب - وأقام على ذلك بينة ، يقضى بالملك له ، وبالشراء من الغائب ، حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت إليه .

ومنها - أن المرأة إذا ادعت النفقة على زوجها الغائب وأقامت البينة ، يقضى لها ، بالنفقة عليه .

ومنها - إذا ادعى رجل أن فلاناً الغائب أودعنى هذه الدابة ولم يترك لها نفقة وطلب من القاضى القضاء بالنفقة من مال المودع وأقام البينة^(٣) ، يقضى له . وهذا كله قضاء على الغائب .

(١) فى الأصل كذا : « قطعاً » .

(٢) فى الأصل كذا : « يدعى » .

(٣) ساعد على قراءة هذه العبارة « وأقام البينة » الحكمان السابقان على هذا الحكم .

الجواب :

قوله : البينة محتملة احتمالا على السواء ، أو ^(١) ترجح فيه [ل] جهة الصدق - قلنا : ترجح فيها جهة الصدق ، لكن مع هذا يبقى احتمال الكذب . والدليل ينفي بناء القضاء عليه ، لما فيه من احتمال ضرر العقاب .

قوله : لم قلم بأن تلك الضرورة لم توجد هنا ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : الضرورة الجاعلة ^(٢) للبينة حجة - [هل] ضرورة الوصول إلى الحق ؟ قلنا : بلى ، ولكن ضرورة الوصول إلى الحق بواسطة الإثبات بحيث لولا الإثبات بالبينة لا يتمكن من الوصول إليه ، وهذه الضرورة منعدمة هنا ، لأن الظاهر هو الإقرار .

قوله : الشرط وجود الإنكار قطعاً أم ظاهراً ؟ - قلنا : ظاهراً ولم يوجد ، لما ذكرنا أن الظاهر هو الإقرار بخلاف الوكيل إذا أنكر ، لأن الوكيل قائم مقام الموكل ، وإنكار الوكيل قد وجد قطعاً ، أما ههنا بخلافه .

وأما الأحكام :

أما مسألة الحد و [مسألة] دعوى الشراء - قلنا : الحاضر ينتصب خصماً عن الغائب في انكار العين وإنكار الشراء ، ضرورة كونه خصماً فيما تعلق بهما .

وأما مسألة نفقة المرأة و [مسألة] الوديعة - قلنا : القاضى انتصب ، لأنه هو المحتسب لإحياء الحقوق عند الحاجة وللعجز .

١٦٤ - مسألة : الخارجان إذا ادعى ملكاً مطلقاً ^(٣) أو ادعى التناج ، والعين في

(١) تقدم في المسألة : « و » .

(٢) في الأصل كذا : « الجاعليه » .

(٣) المراد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب ، بأن يقول : هذا ملكى ولا يقول : هذا ملكى بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك - لأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا بالإثبات (الشلبى على الزيلعى ، ٤ : ٢٩٤) .

يد ثالث ، وأقاما جميعا البينة ، يقضى بالعين بينهما نصفين . وله فيه ^(١) قولان : في قول يتهاتر البيتان ولا يقضى أصلا . وفي قول : يقرع بينهما / والمناظرة على الأول . ١/١٤٢ والوجه فيه - أن بينة كل واحد منهما حصلت أمانة على ثبوت الملك له ، فيقضى بالنصف لكل واحد منهما ، عملا بالأمارتين بقدر الممكن ، وبيان الوصف والتأثير ما ذكرنا في مسألة زوج المعتدة ^(٢) .

فإن قيل : قولكم بأن بينة كل واحد منهما حصلت أمانة على ثبوت الملك له - قلنا : الاعتراضات على الوصف والتأثير ما ذكرنا في مسألة زوج المعتدة . والذي يختص بهذه المسألة أن الأمانة في الباب التي يجب العمل بها هي مطلق الشهادة أو شهادة العدل ؟ ع - ولا يمكن القول به ، لأن إحدى البيتين إذا كانت عادلة والأخرى فاسقة لا يقضى بالعين بينهما بالإجماع . والثاني م - لكن لم قلتم بأن كل واحدة من البيتين عادلة ؟ - يئانه أن أحد ^(٣) الفريقين كاذب ييقن ، لأن العين الواحدة : في حالة واحدة لا يتصور أن تكون مملوكا لشخصين على سبيل الكمال ، فكان أحد الفريقين كاذبا ييقن ، والكاذب فاسق ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فوجب القول بالتهاتر ، وصار كما إذا شهد أحد الفريقين أن فلانا أعتق عبده يوم النحر بكوفة والآخر [أنه] طلق امرأته يوم النحر بمكة ^(٤) ، تهاترت البيتان لما قلنا - كذا هذا .

الجواب :

أما الاعتراضات - فجوابها ما عرف في مسألة زوج المعتدة .

(١) انظر : التحفة ، ٣ : ٢٩٧ : « وللشافعي فيه قولان ... » .

(٢) راجع فيما تقدم : كتاب الطلاق ، ص ١٠٠ - ١٤٣ ومنه المسألة ٥٦ ص ١٣٤ - ١٣٦ .

(٣) في الأصل : « إحدى » وسيأتي بعد قليل : « أحد الفريقين » .

(٤) كذا في الأصل ويلاحظ أن موضوع الشهادتين ليس واحدا . فالأول موضوعها عتق العبد والأخرى موضوعها طلاق المرأة .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٢٦)

وأما قوله : الأمانة التي يجب العمل بها شهادة العدول - قلنا : بلى ، ولكن الكلام فيما إذا كانوا عدولا (١) زكاهم المزكى والقاضى .

قوله : أحد الفريقين فاسق - قلنا : إنما يكون فاسقا إذا كان متعمدا (٢) الكذب . أما إذا بنى شهادته على دليل ، وهو اليد أو الشراء أو ما يجرى مجراها ، لا يكون فاسقا ، فبقى :

قوله (٣) : أمانة فيجب العمل به ، لأن وجوب العمل بناء على وجود الأمانة (٤) ، لا على حقيقة الصدق ، على ما ذكرنا في مسألة زوج المعتدة .

٢/١٤٢ . وأما مسألة / الكوفى والمكى - قلنا : ثمة أحد الفريقين فاسق متعمد الكذب ، لأن ذلك بناء على الغائب ، ولا يتصور معاينة (٥) شخص واحد في يوم واحد بمكة وبكوفة ، فكان أحدهما فاسقا - أما ههنا بخلافه .

١٦٥ - مسألة : الخارج مع ذى اليد إذا تنازعا فى الملك المطلق ، وأقاما جميعا البينة - يقضى ببينة الخارج . وعنده : يقضى ببينة ذى اليد (٦) .

والوجه فيه - أن بينة الخارج أكثر إظهارا ، فكان القضاء بها أولى ، قياسا على البائع والمشتري إذا اختلفا فى مقدار الثمن وأقاما البينة ، كانت بينة البائع أولى .

(١) فى الأصل : « عدول » . (٢) فى الأصل كذا : « معتمدا » انظر ما بلى .

(٣) لعل الكلام متصل فيكون كذا : « فبقى قوله : أمانة .. » .

(٤) فى الأصل كذا : « الاما » .

(٥) عاينه معاينة وعيانا رآه بعينه ولقيته عيانا ومعاينة لم أشك فى رؤيتى إياه - المعجم

الوسيط .. وفيما تقدم الهامش ٤ ص ٤٠١ .

(٦) قال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ٢٩٥ - « أما إذا كان الدعوى فى ملك مطلق : إن

كانت من الخارج على ذى اليد بلا تاريخ ، فبينة الخارج أولى عندنا . وعند الشافعى بينة ذى اليد أولى . وهى مسألة معروفة » .

وإنما قلنا إن بينة الخارج أكثر إظهارا ، لأن بينة الخارج مظهرة للملك من كل وجه ، وبينة ذى اليد مظهرة للملك من وجه ، لأن الملك من وجه ثابت له ، بدون البينة ، بظاهر اليد ، لأن اليد المتصرفة دليل الملك . وإذا كانت بينة الخارج أكثر إظهارا ، فقد خلت عن المعارض في حق تلك الزيادة ، فيجب العمل بها في حق تلك الزيادة ، ولا يمكن العمل بها في حق الزيادة إلا بالقبول في حق الكل .

فإن قيل : قولكم بأن بينة الخارج أكثر إظهارا - قلنا : لا نسلم .

قوله بأن بينة ذى اليد مظهرة للملك من وجه - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن اليد دليل الملك - قلنا : لا نسلم .

والدليل على أن اليد لا تدل على الملك - المعقول والحكم :

أما المعقول - فهو أن اليد محتملة : تحتل أنها يد غصب ، وتحتل أنها يد وديعة أو عارية أو إجارة أو ملك - فلا تدل على الملك .

وأما الحكم - [فقد] أجمعنا على أن الشهود إذا قالوا : « نشهد أن هذه العين ملك فلان لأننا رأيناها في يده » - لا تقبل هذه الشهادة . فلو كانت اليد دليل الملك لقبلت ، كما إذا قالوا : « نشهد أن هذه العين ملكه ، لأننا رأيناها اشتراه من فلان » .

ولئن سلمنا أن اليد دليل الملك ، لكن في حالة المنازعة أو في غير حالة المنازعة ؟ ع م - وهذا لأن اليد إن كان دليل الملك ، فدعوى المدعى تنفى ثبوته .

وإن سلمنا أن بينة الخارج أكثر إظهارا ، / لكن لم قلتم بأن القضاء بها أولى ؟ ١/١٤٣

قوله : بأنها خلت عن المعارض في تلك الزيادة - قلنا : خلت عن معارض هي بينة أم خلت عن معارض أصلا - الأول مسلم ، ولكن هذا لم يوجب العمل به . والثاني ممنوع ، لكن هذا في حيز التعارض لأنه لا يمكن العمل بها في حق الزيادة إلا بالعمل بها في حق الأصل ، والعمل بها في حق الأصل متعذر باعتبار المعارض .

ثم نقول : بينة الخارج إن كانت أكثر إظهارا ، فبينة ذى اليد أكثر صدقا ، لأنه

مؤيد باليد ، والترجيح بزيادة الصدق أولى ، لأن الركن هو الصدق ، فصار كدعوى النتائج ودعوى النكاح ودعوى الشراء من مالك : فإن بينة ذى اليد أولى منها .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن اليد دليل الملك - قلنا : لأن الأصل أن تكون اليد محقة ويد أصالة لا يد نيابة ، لأن الأصل أن يكون الإنسان عاملا لنفسه لا لغيره .

قوله : بأن اليد تحتل - قلنا : أصل الاحتمال ثابت ، لكن يد الملك راجح - على ما مر .

وأما إذا قال الشهود : نشهد أن عين كذا ملك فلان ، لأننا رأيناه في يده - إنما لا تقبل هذه الشهادة ، لأن اليد إن كانت دليل الملك ، لكنه دليل الملك من وجه في حق الدفع لا في حق الإلزام .

قوله : اليد دليل الملك في حالة المنازعة أم في غير حالة المنازعة ؟ - قلنا : في الحالين جميعا ، لأن وجه الدلالة لا يختلف .

قوله : بأن دعوى المدعى تنفى ثبوت الملك له - قلنا : دعوى المدعى يصير معارضا بإنكار ذى اليد ودعواه لنفسه ، فبقيت اليد خالية عن المعارض .

قوله : بأن بينة الخارج في حق الزيادة خلت عن معارض هو بينة أو عن معارض أصلا - قلنا : خلت عن المعارض أصلا فيما يرجع إلى كونها حجة ، لأن اليد إن كان [ست] تدل على الملك من وجه ، لكن على وجه لا يجوز القضاء بها .

وأما ما ذكر من المعارضة - قلنا : لا معارضة / لأن امتناع العمل بينة الخارج في حق الأصل لا يكون بدليل ناف بل بقضية التعارض .

٢/١٤٢

قوله : بأن بينة الخارج إن كان أكثر إظهارا ، فبينه ذى اليد أكثر صدقا - قلنا : بلى ، ولكن الترجيح بزيادة الإظهار أولى ، لأن الإظهار مقصود من البينة ، والصدق وسيلة إليه ، والترجيح بالمقصود أولى .

وأما الأحكام :

قلنا : في دعوى النتاج بينة ذى اليد أولى ، لأنها دعوى أولية الملك ، واليد لا يدل عليه ، فمست الحاجة إلى الإثبات بالبينة . وأما دعوى النكاح ، فهي في معنى دعوى النتاج . وكذلك دعوى الشراء ، في معنى دعوى النتاج - لما ذكرنا .

١٦٦ - مسألة : الأب إذا استولد جارية ابنه ، يملكها بالقيمة ، ولا يلزمه العُقر^(١) . وعنده : يملكها ويلزمه العُقر .

والوجه فيه - أن الأب وطىء مملوكة نفسه ، فلا يلزمه العُقر ، قياسا على ما إذا اشتراها ثم استولدها .

وإنما قلنا : انه وطىء جارية نفسه - وذلك لأن الأب بسبيل من تملك الجارية قبل الوطء ، وقد تملكها قبل الوطء . فثبت الملك ضرورة .

وإنما قلنا إن الأب بسبيل من تملك الجارية ، لأنه بسبيل من تملك طعام الابن عند الحاجة إلى الأكل ، لمعنى : ذلك المعنى موجود ههنا ، وهو الاستبقاء ، وبقاء الإنسان بعد وفاته يكون بقاء ولده الذى يحى به ذكره ويدعو له . وإذا كان كذلك فقد تملكها ، لأنه استولى عليها ، وأثبت يده عليها ، وذلك سبب الملك ، كالصيد ، فيكون الوطء مصادفا للملكه ، فلا يلزمه العُقر .

فإن قيل : قولكم بأن الأب وطىء مملوكة نفسه - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه بسبيل من التملك شرعا ، وقد تملك - قلنا : لا نسلم ، ولا نسلم بأن الأب بسبيل من تملك مال الابن عند الحاجة ، بل هو بسبيل من تناوله على ملك الابن .

(١) العُقر مهر المرأة إذا وطئت بشبهة - المعجم الوسيط . وى تعريفات الجرجاني : « العُقر أجرة الوطء لو كان الزنا حلالا . وقيل مهر مثلها . وقيل في الحرة عشر مهر مثلها إن كانت بكرا ونصف عشرها إن كانت ثيبا وفي الأمة عشر قيمتها إن كانت بكرا ونصف عشرها إن كانت ثيبا » .

ولئن سلمنا أنه بسبيل من التملك ثمة - لم قلتم بأنه بسبيل من التملك هنا ؟ /
 قوله : يحتاج إلى الاستبقاء ههنا ، كما يحتاج إلى الاستبقاء ثمة - قلنا : لم قلتم بأن
 هذه الحاجة مثل تلك الحاجة ؟ وبيان التفاوت من وجهين :

أحدهما - أن هذه استبقاء النفس معنى ، وذلك استبقاء النفس صورة ومعنى .
 والثاني - أن الملك ثمة يوصله إلى الاستبقاء في الحال قطعاً أو ظاهراً ، وهنا يحتمل
 أن يوصله ويحتمل أن لا يوصله .

ولئن سلمنا أن قضية الدليل ما ذكرتم ، لكن كونه إضراراً بالمالك يمنع ولاية التملك
 ولئن سلمنا أن الأب بسبيل من التملك - لكن^(١) لم قلتم بأنه تملك ؟ .
 قوله : استولى عليها وأثبت يده عليها - قلنا : هذا باطل ، بما إذا وطئها ولم
 يَغْلِقْهَا^(٢) ، فإنه لا يملكها ، مع ما ذكرتم .
 ولئن سلمنا أن الملك ثبت قبل الوطاء ، لكن مطلقاً أم ضرورة صحة الاستيلاء ودفع
 حاجة الاستبقاء ؟ الأول - ممنوع ، ولا يمكن القول به ، لأنه ما ثبت بسبب موضوع
 له شرعاً . والثاني - م^(٣) - لكن^(٤) الثابت بالضرورة ، لا يظهر فيما عدا الضرورة
 ووجوب العقر أمر ورد للضرورة ، فلا يظهر في حقه .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الأب بسبيل من تملك طعام الابن عند الحاجة إلى الأكل ، بل هو
 مباح تناول - قلنا الدلالة على ذلك أن النبي ﷺ جعل الأب بسبيل من تناول طعام
 الابن على الإطلاق لقوله عليه السلام : « كلوا من أكساب أولادكم » : ولا يثبت كونه
 بسبيل من ذلك إلا بالتملك .

(١) « لكن » غير واضح منها غير النون . وقد استكملناها من العبارات السابقة المماثلة .

(٢) غَلِقْتُ الأُنْثَى بالجنين - المعجم الوسيط . وَغَلِقْتُ المرأة حبلت - مختار الصحاح .

(٣) « م » عند المؤلف : ولئن سلمنا - كما بينا أول الكتاب ص ٢ .

(٤) في الأصل كذا : « لكنى » .

قوله : إن كان بسبيل من التملك ثمة ، لم يكن بسبيل من التملك ههنا - قلنا : لأن المعنى يجمعهما ، وهى الحاجة .

قوله : لم قلتم بأن تلك الحاجة مثل هذه الحاجة ؟ - قلنا : هذه الحاجة من جنس تلك الحاجة ، وهى مثلها فى التأثير^(١) ، وإنه مناسب ، وقد وجد هنا أصل الحاجة وإن لم يوجد وصفها .

قوله : إنه إضرار بالمالك - قلنا : ليس فى التملك ضرر بالابن ، لأنه مقابل بالقيمة وينفع^(٢) المجازاة .

قوله : لم قلتم / بأنه تملكها - قلنا : لما ذكرنا . ٢/١٤٤

قوله : هذا باطل بما إذا وطئها ولم يعلّقها - قلنا : ليس كذلك ، فإن الإقدام على الوطء ثمة دلالة التملك أيضا ، لكنه لم يثبت الملك ، لأن الشرع لم يجعله بسبيل من التملك فى هذه الحالة ، لعدم الحاجة .

قوله : الملك يثبت مطلقا أم ضرورة ؟ - قلنا : لا حاجة إلى ذلك ، بل نقول : ثبت الملك بالدليل ، على ما ذكرنا . على أنا نقول : الملك إن ثبت ضرورة ، لكن الثابت بالضرورة يظهر فيما هو من ضرورات تلك الضرورة ونفى العقر من ضرورات الملك .

والله أعلم .

(١) فى الأصل كذا : « فى الباسر » .

(٢) فى الأصل كذا : « وينفع » .

١٦٧ — [مسألة] : دين الصحة مقدم على دين المرض . وعنده : لا يقدم ، بل غريم المرض أسوة لغريم الصحة (١) .

وصورة المسألة - إذا كان عليه دين في الصحة ، فمرض مرض الموت ، ثم أقر لغريم آخر بدين .

والوجه فيه - أن حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت ، فلا يصح إقراره لغريم آخر ، فيما يرجع إلى غرماء الصحة ، قياساً على المرتنن مع سائر الغرماء .

وإنما قلنا ذلك - لأن المعنى من ذلك أنه ثبت في المحل أمر شرعى يقتضى كونه أخص باستيفاء الدين ، لأننا أجمعنا على أنه لو تبرع (٢) في مرض موته لا يقع لازماً ، حتى يثبت لغرماء الصحة ولاية نقض تبرعه (٣) . فلو لم يتعلق حقهم بهذا المال ، كان المريض بسبيل من صرفه إلى غيره .

وإذا كان كذلك ، يكون في تصحيح إقراره إضرار بالغرماء .

فإن قيل : قولكم بأن حق غرماء الصحة [تعلق] بمال المريض مرض الموت - قلنا : لا نسلم .

وأما ما ذكر من الحكم - قلنا : لا نسلم بأن نقض التبرع (٤) لحق الغرماء . ولا نسلم بأن لهم ولاية نقض تبرعه (٥) ، بل لهم أن يرفعوا الأمر إلى القاضى حتى ينقض القاضى ، وولاية النقض إلى القاضى إنما كان دفعا للضرر عن المريض لا عن الغرماء ، كحجر الصبي والسفيه ، كى لا يأثم المريض بالمطل .

(١) قال في التحفة ، ٣ : ٣٣٤ : « .. لكن دين الصحة مقدم على دين المرض الثابت بإقراره ، أما إذا ثبت بالبينة ، أو بمشاهدة القاضى فهما سواء »

(٢ - ٥) في الأصل كذا : « لو شرع .. شرع .. الشرع .. شرعه » وسيأتى في الجواب : « .. تبرعه .. تبرعه .. » .

ولكن سلمنا أن حق غرماء الصحة [تعلق] بكل مال المريض ، لكن / بشرط عدم ١/١٤٥
تعلق [حق] الغير به أم بدون هذا الشرط ؟ م ع . ولا يمكن دعواه لأن تعلق حق الغير
يمنع تعلق حقهم ، وهنا قد تعلق حق غريم المريض ^(١) ، بدليل إخباره في مثل هذه الحالة .
ولكن سلمنا أن حق غرماء الصحة تعلق بملكه ، والإقرار يؤدي إلى إبطال حقهم ،
لكن قصدا أم ضمنا ؟ ع م - فلا يمنع عنه ، لما عرف .

ولكن سلمنا أنه إبطال قصدا ، ولكن أثره في التحريم أو في منع ترتيب الحكم عليه ؟
م ع - وببانه ما مر في مسألة طلاق الفار ^(٢) .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - أنه لو أقر لغريم في أول المرض ثم لغريم آخر بعد ذلك ، يصح ، وإن تعلق
حق الأول ^(٣) به .

ومنها - دين الاستهلاك ^(٤) في المرض يتعلق بملكه .

ومنها - إذا تزوج أربع نسوة في مرضه ، يصح ، ويجب مهرهن .

ومنها - لو أقر في مرضه ولم يكن عليه دين الصحة ، يصح ، وإن [كان] فيه
إبطال حق الورثة .

ومنها - إذا أقر بوارث آخر ، يصح ، وإن كان في هذا كله إبطال حق الوارث والغريم .
الجواب :

قوله : لم قلم بأن للغرماء ولاية نقض تبرعه ؟ قلنا : لا نغني بولاية النقض سوى أن

(١) في الأصل كذا « المرض » مع اشتباك الرأ في الضاد .

(٢) راجع في كتاب الطلاق (ص ١٠٠ وما بعدها) المسألة ٥١ ص ١٢٣ - ١٢٦ .

(٣) في الأصل : « الأول » أو « للأول » .

(٤) لعل المراد : استهلاك الأمانات - انظر م ١٥٩٨ من مجلة الأحكام العدلية . وشرح المجلة

لسليم باز ص ٨٩٠ - ٨٩١ . أو ضمان الإلتلاف .

لهم أن يرفعوا الأمر [إلى] القاضى ويطالبوه بالنقض . وإذا فعلوا ذلك ، يجب على القاضى نقض تبرعه . وإذا امتنعوا عنه ، لا يجب . فثبت بهذا أن نقض التبرع لحقهم ، لأنه يثبت بطلبهم ويسقط بتركهم .

قوله : ولاية نقض القاضى إنما كان دفعا للضرر عن المريض - قلنا : ليس كذلك ، لأن المريض التزم الضرر ورضى ، وهو من أهل الالتزام ، فلا يجوز نقض تصرفه ، بخلاف الصبى والسفيه ، فإنه لم يوجد فيهما أهلية الالتزام .

قوله : حق غرماء الصحة تعلق بملكه - [هل] بشرط عدم تعلق حق الغرماء [أم] (١) لا بهذا الشرط - قلنا : هذا من باب المعارضة .

قوله : تعلق به حق غريم المرض - قلنا : لا نسلم .

وَأَمَّا إِخْبَارُهُ - قلنا : هو وإن كان صادقا في إخباره لكن هذا الكلام إقرار / فيما بينه وبين المقر له ، وإنه دعوى في حق غرماء الصحة ، والمُدَّعى لا يقبل إلا بيينة ، ولم توجد هنا ، حتى لو [و] جد يظهر حقه . ٢/١٤٥

قوله : إبطال حقهم حصل قصدا أم ضمنا ؟ - قلنا : سواء حصل قصدا أو ضمنا ، لا يجوز إبطال حق الإنسان ، خصوصا إذا أمكن تنفيذ تصرفه بدون إبطال حقهم ، بأن يثبت في ذمته ، فلا ضرورة إلى إبطال حقهم ضمنا .

قوله : أثر هذا في التحريم أم في منع ترتب الحكم عليه ؟ - قلنا : في الحجر ومنع ترتب الحكم - على ما مر في طلاق الفار .

وَأَمَّا الْأَحْكَام :

أما الإقراران في المرض إنما نفذا ، لأن زمان المرض جعل كحالة (٢) واحدة ، في كونها جامعة للأقارير ، كمجلس التلاوة .

(١) راجع هذا القول فيما تقدم فقيه : « أم بدون هذا الشرط ؟ » ص ٤٠٩ س ٢ .

(٢) في الأصل : « الحالة » .

وأما دين الاستهلاك وإنما يساوى دين الصحة ، لأنه ثبت بسبب مطلق ، وهو الاستهلاك ، وإنه لا يقبل التخصيص - أما ههنا بخلافه .

وأما إذا تزوج بأربع نسوة - إنما صح لأن هذا من الحوائج الأصلية وتحقيق مقاصد النكاح .

وأما إذا أقر وليس عليه دين - إنما ينفذ فيما زاد على الثلث ، بشرط أن يكون المال فاضلا عن حاجة الميت .

وأما إذا أقر بوارث - فلأنه إقرار بالنسب ، وهو من الحوائج الأصلية ، وهو مانع ثبوت حق الوارث .

١٦٨ - مسألة : المريض مرض الموت إذا أقر لبعض ورثته لا يصح ، إلا بتصديق الباقيين .

والوجه فيه - أن مال المريض مرض الموت صار ملكاً للورثة من وجه فيما بينهم ، فلا يظهر^(١) إقرار للبعض في حق الباقيين إلا بتصديقهم ورضاهم ، قياساً على ما إذا تبرع لبعض الورثة في حال المرض .

وإنما قلنا ذلك : إن ماله صار ملكاً للورثة من وجه - بالحكم والمعقول :

أما الحكم - [فقد] أجمعنا على أن تبرعه لبعض الورثة لا يقع لازماً .

وأما المعقول - وهو أن حال مرض الموت ، حال استغناء المورث عن ماله في حق بعض التصرفات والمصالح ، وذلك يقتضى ثبوت الملك من ذلك الوجه لورثته الذين هم أقرب الناس إليه .

٦ فإن قيل : قولكم بأن مال المريض / صار ملكاً للورثة - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، بدليل حل الوطاء ونفاذ البيع ، وكونه مملوكاً له يتنافى كونه مملوكاً لغيره .

(١) في التحفة ، ٣ : ٢٣٥ : « فلا يصح »

وأما نقض التبرع - قلنا : الإقرار للوارث أمر وراء التبرع ، فلا يشكل .

وأما قوله - بأن المرض حال استغناء المورث - قلنا : لا نسلم : بل حال زيادة الحاجة ، لأنه يحتاج إلى تنفيذ الوصايا وقضاء الديون وتدارك الفوات (١) والأدوية للعلاج وغيرها .

ولئن سلمنا أن مرض الموت يوجب (٢) ثبوت ملك الورثة في حاله ، لكن بشرط عدم الدين . وهنا الدين ثابت بإقراره ، والدين مقدم على الميراث .

ولئن سلمنا أن ماله صار للورثة ، ولكن إقراره بإضرار حصل ضمنا في حقهم ، فلا يبالي به .

ولئن سلمنا أنه بإبطال حقهم ، لكن أثره في التحريم لا في منع ترتب الحكم عليه . والدليل على صحة ما ذكرنا الأحكام التي ذكرناها في المسألة المتقدمة .

الجواب :

قوله بأن ملك المورث قائم من كل وجه - قلنا : [هذا] في حق حكم يرجع إلى المريض والأجانب - أما في حق حكم يرجع إلى الورثة فلا .

وما ذكر من الأحكام راجع إلى المريض والأجانب ، لا إلى الورثة .

قوله : الإقرار للوارث أمر وراء التبرع - قلنا : ولاية نقض التبرع دليل ثبوت الملك للورثة فيما بينهم ، على ما مر .

وأما ما ذكر من حاجات المريض - قلنا : المانع من ثبوت ملك الورثة فيما بينهم حاجة مخصوصة ، وهي حاجة بقاء المورث لا غيرها من الحاجات .

قوله : الدين ثبت بإقراره ، والدين مقدم على الميراث - قلنا : الجواب عنه ما مر في المسألة المتقدمة .

وأما السؤال الثالث والرابع والأحكام - فأجوبتها مرت في المسألة المتقدمة .

(١) فات الأمر قوتا وقواتا مضى وقته ولم يفعل - المعجم الوسيط .

(٢) « يوجب » غير ظاهرة كلها في الأصل .

كتاب الوكالة

١٦٩ — مسألة : الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في مجلس القضاء ، ينفذ إقراره . ولو أقر في غير مجلس القضاء ، لا ينفذ .

والوجه فيه - أن الوكيل أتى بما وكل به ، فوجب أن ينفذ على الموكل ، قياسا على ما إذا أنكر .

وإنما قلنا ذلك - لأن الموكل وكله بجواب الخصومة / مطلقا ، والإقرار جواب ١٤٦ الخصومة ، فيجوز عليه .

وإنما قلنا إنه وكله بجواب ، لأن المصرح به في التوكيل إن كان هو الخصومة ، ولكنه أراد به جواب الخصومة ، لأن الخصومة جاز أن تجعل مجازا عن الجواب المطلق ، لأن الخصومة سبب للجواب ، وذلك طريق مصحح للمجاز ، وقد دل الدليل على إرادة المجاز ، وهو قصد تصحيح التصرف ، لأن على تقرير أن يكون كاذبا في الإنكار ، لا يصح توكيله ، فيكون مطلق الجواب مملوكا له .

فإن قيل : قولكم بأنه أتى بما وكل به - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه وكله بالخصومة وقد أتى بالإقرار ، والخصومة منازعة ومشاجرة ، والإقرار مساعدة ومسألة ، وبينهما تضاد - دل عليه أنه لو صالح لا يصح .

قوله : الخصومة جاز أن تجعل مجازا عن الجواب ، وسبب المجاز موجود ، فالاعتراضات عليه ما مر في مسألة النكاح بلفظة الهبة^(١) .

ثم نقول : إنكم قصرتم في التعليل ، لأنكم عدلتم عن الحقيقة إلى المجاز ، تصحيحا للتصرف قطعا ، ثم اكتفيتم بتصحيح التصرف ظاهرا - بيانه أنكم جعلتم هذا توكيلا بالجواب : الجواب المطلق ، والجواب المطلق^(٢) أما الإقرار أو الإنكار ، وبأيهما أتى

(١) راجع فيما تقدم المسألة ٣٨ ص ٨٩ - ٩٢ من كتاب النكاح (ص ٤٦ - ٩٩) .

(٢) كذا في الأصل .

الوكيل فقد أتى بما هو المملوك له ظاهرا لا قطعاً ، فكان فيه تصحيح التصرف ظاهرا لا قطعاً .

ثم نقول كما أن تصحيح تصرفه أصل ، فالحقيقة في الكلام أيضا أصل ، فتعارض الأصلان .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - إذا أقر في غير مجلس القضاء ، لا يصح . وإذا وكله بالإقرار فأقر ، لا يصح . ولو وكله بالخصومة في حد القذف والقصاص فأقر ، لا يصح .

الجواب :

قوله : وكله بالخصومة ، والخصومة مخالفة ، والإقرار موافقة - قلنا : هذا إنما يلزمنا أن لو جعلنا التوكيل بالخصومة توكيلا بالإقرار بطريق الحقيقة / ، ونحن نجعل اسم الخصومة مجازا عن الجواب ، لوجود طريقه ، بخلاف ما إذا صالح الوكيل ، لأنه لا يمكن جعل الخصومة مجازا عن الصلح لعدم السبب .

١/١

قوله : بأنكم ناقضتم في الكلام - قلنا : ليس كذلك ، لأننا إنما صرنا إلى المجاز لتصحيح تصرف الموكل على التفسير الذي ذكرنا ، وتصرف الموكل صحيح قطعاً ، وتصرف الوكيل يجب تصحيحه قطعاً أيضا إن أمكن ، وإلا فظاهرا ، وهنا لا يمكن قطعاً ، فيصح ظاهرا .

قوله : بأن الحقيقة في الكلام أصل - قلنا : بلى ، ولكن على وجه لو عدل عنه إلى المجاز لا يأنم ، وفي الإتيان بغير المملوك يأنم .

وأما إذا أقر في غير مجلس القضاء فممنوعة [مسألته] .

وكذلك المسألة الثانية ، ممنوعة .

وأما التوكيل بالحدود والقصاص ، فلأن الحدود تندرى بالشبهات - أما ههنا بخلافه .

١٧٠ - مسألة : التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازما .

والوجه فيه - أن التوكيل تصرف في حق الغير على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر بذلك الغير ، فوجب أن لا يلزمه إلا برضاه ، قياسا على بيع عين من أعيان ماله .
وإنما قلنا ذلك - لأن التوكيل نقل الجواب المستحق على الموكل حقا للمدعى ، بلسانه ، إلى لسان الوكيل ، وفيه احتمال الضرر بالخصم .

وإنما قلنا إن التوكيل نقل الجواب - لأن القاضى يجبره على الجواب ، ولو لم يكن واجبا لما أجبره ، فكان مستحقا عليه ، وإنه حق المدعى ، بدليل أنه يطلب بطلبه ويترك بتركه ، وهو الذى ينتفع به .

وإنما قلنا إن فيه احتمال الضرر - لأن الناس يتفاوتون في الخصومات وأجوبتها ، فيحتمل أن يكون الوكيل مختصا بزيادة اشتداد في الخصومة فيتضرر .

فإن قيل : قولكم بأن التوكيل نقل الجواب إلى لسان الوكيل ، وهو حق المدعى - قلنا : لا نسلم بأنه حقه . والدليل على أنه ليس حقه ، أن^(١) ، الجواب إما أن يكون إقرارا أو / إنكارا - لا جائز أن يكون الإقرار حقه^(٢) [لأنه] لا يجبر على الإقرار ١٤٧ بالإجماع . ولا جائز أن يكون الإنكار حقه لأنه إضرار به .

ولئن سلمنا أن الجواب حق المدعى ، ولكن بلسان المدعى عليه على التعيين^(٣) ممنوع ، بل بمطلق اللسان ، كالحياض إذا استعان بغيره ، يجوز .

ولئن سلمنا أن الجواب حقه ، ولكن لا نسلم بأن التوكيل نقل الجواب ، إذ لو كان نقلا لما بقى في لسان الموكل ، وإنه يبقى ، حتى لو أجاب بنفسه يصح .

ولئن سلمنا أن التوكيل تصرف في حق المدعى ، لم لا يلزم بغير رضاه ؟ .

(١) في الأصل : « لأن » .

(٢) انظر العبارة التالية .

(٣) في الأصل يبدو : « على التعيين » . انظر فيما بلى الهامش ٢ ص ٤١٦ .

قوله : لا يعرى عن احتمال الضرر ، بسبب (١) شدة الخصومة - قلنا : لم قلتم بأن هذا الضرر واجب الدفع ، بل لا يجب دفعه ، لأن الخصم يمكنه أن يعارضه بشدة الخصومة ، وصار هذا كما إذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً أو امرأة مخدرة ، فإنه يصح التوكيل بغير رضا الخصم .

ثم التعليل معارض بما روى أن علياً كرم الله وجهه وكل أخاه عقيلًا بخصومات من غير رضا الخصوم .
الجواب :

قوله : الجواب إما أن يكون إقراراً أو إنكاراً ، وكل ذلك ليس بحقه - قلنا : نحن لا ندعى بأن حقه الإقرار أو الإنكار ، بل ندعى أن المستحق له الجواب ، لأن به يتوصل إلى حقه ، سواء كان صدقاً أو كذباً .

قوله : بأن الجواب حقه ، ولكن بمطلق اللسان - قلنا : لا نسلم ، بل بلسانه على التعيين (٢) ، بدليل أن قبل التوكيل . لو أجاب غيره عنه ، لم يعتبر ، فيكون التوكيل نقل الجواب من لسانه إلى لسان غيره ، وإنه ضرر به ، فلا يجوز ، لأن الناس يتفاوتون فيه ، بخلاف الخياطة فإنهم لا يتفاوتون ، حتى لو وجد التفاوت كان له أن يمنع .

قوله : لم قلتم بأن التوكيل نقل الجواب - قلنا : لا نغنى بالنقل إلا أنه لا ينفي الاستحقاق والمطالبة بجواب المدعى عليه بلسانه عينا .
قوله : لم لا يلزمه - قلنا : لأنه ضرر .

قوله : لم قلتم بأنه واجب الدفع - قلنا : لأن كل ضرر واجب الدفع ، إلا إذا كان ١/١١ ضرورة ولا / ضرورة في تحمله عن الوكيل .

وأما المريض والمسافر والمخدرة - فإنما يلزم توكيلهم ، لأن في إحضارهم ضرراً - أما هنا بخلافه .

وأما حديث على فمحتمل : محتمل أنه كان برضا الخصوم ، ومحتمل أنه كان بغير رضاهم ، فلا يثبت بالشك .

(١) في الأصل قد تكون : « لسبب » .

(٢) في الأصل كأنها « على التعيين » راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٤١٥ .

كتاب الكفالة

١٧١ — مسألة : [الكفالة] بنفس من عليه الدين وبالأعيان المضمونة ، نحو الغضب والمستعار يصح . وعنده لا يصح بالنفس قولاً واحداً ، وله في العين قولان . والوجه فيه — أن ركن الكفالة قد وجد^(١) ، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه ، وقد وجد المعنى الداعى إلى تصحيحه ، فوجب أن يصح ، قياساً على الكفالة بالدين . أما الركن — فلأن المعنى من الركن قوله : « كفلت » أو « ضمنت » وقد وجد . وإنما قلنا : إنه أمكن تحقيق معنى الكفالة — لأن معنى الكفالة الانضمام بين ذمة الكفيل وبين ذمة الأصيل حكماً في الإيجاب . وتسليم النفس واجب على الأصيل ، لأنه يأثم بتركه ويجبر عليه .

وإنما قلنا : إنه وجد المعنى الداعى إلى تصحيحه — لأن المعنى الداعى إلى تصحيحه حاجة المكفول له ، لأنه ربما يعجز عن استيفاء حقه من الأصيل ، فيحتاج إلى الاستيثاق بالكفيل ، فوجب القول بصحة الكفالة .

فإن قيل : لا نسلم بأنه أمكن تحقيق معنى الكفالة .

قوله : معنى الكفالة الانضمام بين الذمتين حكماً — قلنا : نعم ، ولكن لم قلتم بأنه أمكن هنا ، وهذا لأن انضمام الذمتين حكماً إنما يكون بإثبات شيء واحد منهما ، ليصير الشيء واحداً^(٢) . وهذا يتحقق في الدين ، لأنه وصف شرعى في الذمة ، أما العين فلا .

ولئن سلمنا أنه يمكن تحقيقه ، لكن لم قلتم بأنه يجب على الكفيل هنا عين ما كان واجبا على الأصيل ؟ .

(١) العبارة خطها غير واضح — انظر فيما بعد العبارة

(٢) في الأصل : « واحد »

(طريقة الخلاف في الفقه — م ٢٧)

قوله : الواجب على الأصيل تسليم النفس - قلنا : لا نسلم ، فإنه يستحيل أن يكون شخص واحد مسلماً ومسلماً .

ولئن سلمنا أن الواجب على الأصيل هو التسليم ولكن لغيره ، وهو الإتيان /
بالجواب الواجب ، وما وجب لغيره لا يتصور وجوبه على من لم يجب عليه ذلك العين . ٢/

ولئن (١) سلمنا أن الواجب على الأصيل تسليم النفس - لكن بطريق الضرورة ، والضرورة في حق الأصيل ، لا في حق الكفيل .

ولئن سلمنا أن تسليم النفس واجب ، ولكن حقاً للشرع للإتيان بالجواب ، والكفالة لا تصح لحق الشرع ، كالكفالة في الحدود والقصاص .

ولئن سلمنا أنه أمكن تصحيح معنى الكفالة ، لكن لم قلتم بأنه يصح ؟ .

وأما ما ذكر من الحاجة - قلنا : إنما تندفع هذه الحاجة إذا كان الكفيل قادراً على تسليم ما وجب عليه بحكم الكفالة ولم يقدر ، لأن المكفول به يدافعه ويمانعه .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - أن الكفالة في الحدود والقصاص لا تصح ، والكفالة بنفس الشاهد لا تصح . والكفالة بالحمولة (٢) بأعيانها ، والكفالة بالدية ، وبدل الكتابة - لا تصح ، وإن كان ما ذكرتم موجوداً في هذه الصور .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنه أمكن تحقيق معنى الكفالة - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : الدين مال حكى في الذمة ، أما الواجب ههنا [ف] فعل - قلنا عنه جوابان :

(١) في الأصل : « ولكن » .

(٢) الحمولة بالفتح الإبل التي تحمل . والحمولة بالضم الأحمال . والحمول بالضم بلا هاء الإبل التي عليها الهودج سواء كان فيها نساء أو لم يكن - مختار الصحاح .

أحدهما - أن الدين عبارة عن فعل واجب في الذمة ، إلا أنه أجرى عليه بعض أحكام الأموال .

والثاني - إنما تحقق معنى الضم ثمة ، لا لكونه مالا ، لكن لأنه ثبت في ذمة الكفيل عين الثابت في ذمة الأصيل .

قوله : الشخص الواحد لا يكون مسلماً ومسلماً - قلنا : لا نسلم . وهذا باطل ، بالضرب والقتل والتحريك ، فإن من ضرب نفسه أو (١) قتل نفسه يكون الفاعل والمفعول واحداً - أو يقول : الواجب على الأصيل فعل يصير به حاضراً في المجلس ، فيجب على الكفيل ذلك .

قوله : تسليم النفس على الأصيل لغيره ، وهو الجواب . والواجب لغيره لا يجب على من لم يجب عليه ذلك الغير - قلنا : بطريق الأصالة أم بطريق الكفالة ؟ ع م / - وهذا ١/١٤٩ لأن شرط الكفالة أن يكون الوجوب على الكفيل لغرض مطلوب من الأصيل ، كما هنا .
قوله : الواجب عليه تسليم النفس بطريق الضرورة - قلنا : لا نسلم ، بل هو ثبت بسبب شرعى ، فلا ضرورة .

قوله : وجب حقاً للشرع ، فلا يجزى فيه الكفالة - قلنا عنه جوابان : أحدهما - أنه حق للعبد ، لأنه يسقط بإسقاطه . والثاني - إن كان حقاً للشرع ، ولكن تصح الكفالة به إذا أمكن تحقيق معنى الكفالة وقد أمكن ، لما ذكرنا ، والكفالة بالحدود تصح . ولئن كان لا يصح ، فلائنه يحتال لدرئه (٢) ، أما هنا بخلافه .

قوله : الحاجة إنما تندفع إذا كان الكفيل قادراً - قلنا : بلى ، والكفيل قادر ، لأن التسليم ليس إلا التخلية ورفع الموانع ، وهو قادر على ذلك ، والظاهر عدم المدافعة .
وأما الكفالة في الحدود والقصاص - فالجواب عنه قد مر .

(١) في الأصل كأنها : « لو » .

(٢) في الأصل كذا : « لدره » .

وأما الكفالة بنفس الشاهد - إنما لا يصح ، لأن تسليم النفس لا يجب على الشاهد ، فلا يجب على الكفيل .

والكفالة بالحمولة^(١) - إنما لا تصح ، لأن تسليم المنافع لم يجب الحال .

١٧٢ - مسألة : الكفالة بالدين عن ميت مفلس لا تصح ، خلافا لهم .

والوجه فيه - أن شرط الكفالة بالدين قيام الدين على الأصيل ، والدين ههنا غير قائم^(٢) على الأصيل ، فلا تصح الكفالة ، قياسا على الكفالة بالدين بعد الإبراء .

وإنما قلنا إن شرط الكفالة بالدين قيام الدين على الأصيل ، وذلك لأن الكفالة هي ضم الذمة إلى الذمة ، وذلك إنما يكون ببقاء الدين .

وإنما قلنا : إن^(٣) الدين هنا غير قائم على الأصيل ، لأن الدين عبارة عن فعل واجب في الذمة ، أعنى فعل تمليك المال أو تسليم المال ، وشرط وجوبه القدرة عليه ، والميت المفلس غير قادر عليه ، فلا يبقى عليه الدين .

وإنما قلنا : إن الدين عبارة عن فعل واجب - لأنه يوصف بالوجوب ، فيقال دين واجب ، والوجوب صفة الأفعال دون / الأعيان ، لأن الواجب عبارة عما لو تركه يأثم . ٢/١٤٩

وذلك إنما يتصور في الأفعال ، فعلم أن الدين عبارة عن فعل واجب ، ولا فعل هنا يوصف بالوجوب سوى إيفاء المال ، بدليل أنه إذا أوفى المال لا يبقى الدين أصلا ..

وإنما قلنا : إن شرط وجوبه القدرة - لأن شرط وجوبه على العاجز ممتنع عقلا وشرعا^(٤) .

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٢ . ص ٤١٨ .

(٢) في الأصل : « غير قيام » .. وسيأتى في العبارة التالية : « غير قائم » .

(٣) في الأصل : « إن الدين » .

(٤) في الأصل : « وشرط » .

وإنما قلنا إن الميت المفلس غير قادر ، لأن القدرة على الفعل إما أن تكون بنفسه أو بخلفه ، والميت لا يقدر بنفسه ولا بخلفه ، لأن خلفه هو الوارث ، وإنه يخلفه ويقوم مقامه في إيفاء الدين إذا ترك مالا^(١) ، لأن الوارث لا يؤمر بقضاء دين الميت من مال نفسه . فإذا مات مفلسا لا يكون خلفا عنه في ذلك ، فيكون عاجزا^(٢) ، فيسقط الدين ، فلا تصح الكفالة .

فإن قيل : قولكم بأن الدين عبارة عن فعل واجب - قلنا : لا نسلم بأن الدين عبارة عن الفعل ، بل هو عبارة عن المال المقدر في الذمة حكما .

قوله : إنه يوصف بالوجوب - قلنا : كما يوصف الفعل بالوجوب ، فالمال أيضا يوصف بالوجوب يقال : وجب على فلان ألف درهم .

ثم الدليل على أن الدين عبارة عن المال - الأحكام :

منها - جريان الإرث فيه ، وانعقاده نصابا للزكاة ، وجواز الشراء به ، وجواز الهبة ممن عليه .

ولئن سلمنا أنه فعل ، ولكنه ملحق بالمال ، فيكون له حكم المال ، فلا يسقط .

ولئن [سلمنا] أنه فعل مطلقا - لكن لم قلتم بأنه يسقط بالموت عن إفلاس ؟ .

قوله : بأن القدرة قد فاتت - قلنا قطعاً أم [مؤقتاً]^(٣) للاحتيال ؟ ع م - وهذا

لأنه^(٤) يحتمل أن يظهر له مال أو يتبرع عنه إنسان بقضاء دينه ، والوجوب كان ثابتا

بيقين ،^(٥) فلا يسقط بالاحتيال

(١) في الأصل : « ما » فقط

(٢) في الأصل : « عاجز »

(٣) كلمة غير ظاهرة وتشبه « بقاء » أو « إيفاء » - انظر العبارة التالية . وسيأتى في

الجواب : « قطعاً أم مع الاحتمال » . وانظر العبارة التالية ففيها معنى التوقيت ومعروف أن

« المطلق » يقابله « المقيد » ولكن المقيد بوقت يكون « مؤقتاً »

(٤) في الأصل كذا : « لانه »

(٥) في الأصل كذا : « يقين »

ولئن سلمنا أن العجز ثبت مطلقا : لكن هذا يوجب سقوط الدين في حق المطالبة بالإيفاء أم في حق أحكام آخر . الأول - مسلم . وعندنا لا يطالب بالإيفاء . والثاني - ممنوع ، لأنه سقط ضرورة العجز ، فيسقط في حق / الإيفاء لا في حق أحكام آخر . والكفالة من أحكام آخر . ١/١٥٠

ولئن سلمنا أن الدين يسقط ، ولكن في حق أحكام الدنيا أم في أحكام الآخرة - الأول - م ع ، وهذا لأن قيام الدين في حق أحكام الآخرة لا يفتقر إلى القدرة . ولئن سلمنا أنه سقط ، ولكن مؤقتا إلى ظهور الكفيل ، فإذا ظهر الكفيل لم يقع العجز .

ولئن سلمنا أن الدين يسقط مطلقا لكن لم قلتم بأنه لا يعود إلى الذمة بعد الكفالة ؟ .

ولئن سلمنا أنه سقط ، ولكن سببه قائم ، وهو المبايعة أو غيرها ، وهذا يكفي لصحة الكفالة .

ثم الدليل على أن الدين قائم بعد الموت عن إفلاس - أنا أجمعنا على أنه لو تبرع إنسان بقضاء دينه يصح . ولو كان له كفيل حالة الحياة ، لا يسقط الدين ، وإن مات مفلساً .

ثم التعليل معارض بما روى عن رسول الله ﷺ أنه أتى بجنيزة فقال عليه السلام : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم يا رسول الله . درهمان أو ديناران ، فامتنع النبي ﷺ عن الصلاة عليه فقام على بن أبي طالب أو أبو قتادة وقال : هما على رسول الله ، فصلى النبي ﷺ عليه (١) ، وصحح الكفالة ولم يبال أنه مات مفلساً .

(١) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٧٣٧ و ٧٣٨ ص ١٣٣ وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٢٥ و

الجواب :

قوله : لم قلت بأن الدين عبارة عن الفعل - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : كما يوصف الفعل بالوجوب ، يوصف المال بالوجوب - قلنا : بلى ، ولكن الفعل يوصف به بطريق الحقيقة ، والمال يوصف بالوجوب مجازا ، بدليل أن الفعل المجرد عن المال يوصف بالوجوب كالصوم والصلاة ، والمال المجرد عن الفعل لا يوصف بالوجوب - لا يقال : جدار واجب وحمار واجب ، فثبت أن الدين عبارة عن الفعل الواجب ، إلا أن الشرع أجرى عليه أحكام الأموال لكونه وسيلة إلى المال .

قوله : بأن الدين فعل ملحق بالأموال / قلنا : بلى ، ولكن الملحق بالمال إنما يبقى إذا تصور بقاؤه ولم يتصور على [ما] مر .

قوله : القدرة فانت قطعا أم مع الاحتمال ؟ قلنا : قطعا في الحال ، لتحقق العجز في الحال قطعا .

وما ذكره من الاحتمالات مجرد وهم - لا أمانة عليه ، فلا يعتبر .

قوله : العجز يوجب السقوط في حق المطالبة أم في حق حكم آخر ؟ - قلنا : في حق جميع الأحكام ، لأنه إنما يبقى في حكم ما إن لو تصور بقاؤه في ذاته ، ولم يتصور .

قوله : سقط في حق أحكام الدنيا أم في حق أحكام الآخرة ؟ قلنا : فيهما جميعا ، لعدم القدرة .

ولئن سلمنا أنه باق في حق أحكام الآخرة ، ولكن الكفالة في حق أحكام الآخرة لا يصح .

قوله : سقط مؤقنا إلى غاية الظهور - قلنا : بل سقط مطلقا ، لأنه لا يقبل التأقيت . ولهذا لو أبرأه إلى سنة لا يصح ، ولأن السقوط هو العجز ، وإنه قائم ، ويظهر الكفيل لا يرتفع العجز ، لأنه ليس خلفا عنه ، لعدم صحة الكفالة .

وبه خرج الجواب عن سؤال العود .

قوله : سبب الدين باق - قلنا : هذه كفالة بالدين ، لا بسبب الدين ، لأن السبب لم يجب .

وأما إذا تبرع عنه غيره - قلنا : لا نسلم بأن هذا تبرع بقضاء الدين ، إلا أنه يحرم عليه الرجوع لحصول مقصوده .

وأما إذا مات وبه كفيل ، فلم يتحقق العجز ، لأنه كفيله خلفه كالوارث - أما هنا بخلافه .

وأما الحديث - قلنا : إن ذلك لم يكن كفالة ، لأن المكفول به كان مجهولا ، والمكفول له لم يكن حاضرا فكان عِدَّة . والثاني : إن كان كفالة ، لكنه يحتمل أنه مات مليقا - على أننا نقول بأنه منسوخ بما روى الزهري أن رسول الله ﷺ كان لا يصلي على من مات وعليه دين . ثم قال : « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، - من ترك ديننا فعلينا قضاؤه »^(٢) ثم صلى / عليهم بعد ، والاحتجاج بالمنسوخ لا يصح .

١/١٥١

(١) وَعَدَهُ الْأَمْرُ وَوَعَدَهُ بِهِ وَعْدًا وَعِدَّةً وَمَوْعِدًا وَمَوْعِدَةً وَمَوْعِدًا مَنَاهُ بِهِ . وَوَعَدَهُ فَلَانًا كَانَ أَكْثَرَ عِدَّةٍ مِنْهُ - الْمُعْجَمُ الْوَسِيطُ .

(٢) بَلُوغُ الْمَرَامِ ، رَقْمُ ٧٣٨ ص ١٣٣ . وَسَبِيلُ السَّلَامِ ، ٣ : رَقْمُ ٨٢٦ ص ٨٩٠ .

كتاب الحوالة

١٧٣ — [مسألة] : المحتال عليه إذا مات مفلسا ، يثبت للمحتال له ولاية مطالبة المحيل بقضاء دينه . وعنده : لا يثبت (١) .

وعلى هذا الخلاف : إذا جحد المحتال عليه الحوالة ، وحلف ، ولم يكن للمحتال له بينة .

واختلفت عبارات المشايخ في دعوى الدين والإعادة :

قال بعضهم : تنفسخ الحوالة ويعود الدين ، كالمبيع إذا هلك قبل القبض .

وقال بعضهم : تنفسخ الحوالة ويعاد ، كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيبا .

وقال بعضهم : في الموت تنفسخ ، وفي الجحود تنفسخ .

فاخترنا الكلام في ولاية مطالبة المحيل بقضاء الدين ، لأنه الحاصل من الخلاف .

والوجه فيه - أن الحوالة عقد قابل للنقض والفسخ ، وقد فات غرض العاقد ومقصود من عقد الحوالة ، فيثبت له ولاية مطالبة [المحيل (٢)] قضاء دينه ، إما بالعود أو بالإعادة ، قياسا على المشتري إذا وجد بالمبيع عيبا .

وإنما قلنا : إن الحوالة عقد قابل للفسخ - لأننا أجمعنا على أنهما لو تفاسخا ينفسخ . فلو لم يمكن قابلا ، لما انفسخ .

(١) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٣ : ٤١٤ - ٤١٥ فقيه : « وعلى قول الشافعي لا يعود الدين إلى المحيل أبدا والمسألة معروفة » ومقالنا : الحوالة في الفقه الإسلامي . الباب الأول في المذهب الحنفي - والباب الثاني - الحوالة في المذاهب الثلاثة : المالكي والشافعي والحنبل المنشور في حولية كلية الشريعة بجامعة قطر - الباب الأول - في العدد الرابع ١٤٠٥ - ١٩٨٥ م ص ٤٥١ - ٥٤٠ . والباب الثاني - في العدد السادس ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م ص ٢٦٣ - ٣٠٤ .

(٢) في الأصل كلمة غير واضحة تشبه « إذا » . وانظر ما سيأتي .

وإنما قلنا : إنه قد فات غرض العاقد ومقصوده من الحوالة - فلأن غرضه حصول الدين من ذمة المحتال عليه ووصوله إليه ، لأنه يصرح به ، والظاهر من حاله الصدق ، ويموت المحتال عليه مفلسا ، فات رجاء الوصول إليه ، ففات غرضه ، فلو لم يثبت له حق المطالبة ، لفات حقه ، وذلك ضرر .

فإن قيل : قولكم بأن الحوالة عقد قابل للفسخ - قلنا : لا نسلم . وأما التفاسخ فذاك (١) لا يدل على قبوله الفسخ بدون التراضى .
ثم نقول : الحوالة قبض (٢) ، فلا تقبل الفسخ .

٢/١٥١ : ولئن سلمنا أن الحوالة قابلة / للفسخ - لم قلتم إنه فات غرضه ؟

قوله : بأن الغرض حصول الدين - قلنا : لا نسلم . ولئن سلمنا أن الغرض الوصول إلى الدين ، ولكن هذا الغرض ليس بحكم أصلى للعقد ، لأنه يتعلق باختياره ، بل هو من ثمرات العقد ، فلا يفسخ العقد بفواته . كما إذا اشترى عبدا ، فقبضه ، فهلك في الحال .

ولئن سلمنا أنه غرض أصلى وحكم أصلى ، ولكن لم قلتم بأن هذا الغرض فات قطعا ؟ بل احتمال الحصول قائم ، لاحتمال ظهور مال له ، فلم يقع اليأس .

ولئن سلمنا أنه فات غرضه ، لكن لم قلتم بأنه يثبت له حق مطالبة المحيل ؟ وبيان أنه لم يثبت ، لأنه حصل براءة ذمة المحيل بالإجماع بالحوالة ، حتى لو كان المحيل مكاتبا يعتق في الحال .

ولئن سلمنا أنه فات غرضه - ولكن لم قلتم بأنه يثبت له حق مطالبة المحيل ؟ .

قوله : لأن فوات حقه ضرر - قلنا : كما أن فوات حقه ضرر - فعود الدين أو إعادته إلى ذمة المحيل من غير التزامه بعد البراءة أيضا ضرر في حقه ، فوقع التعارض ، فلا بد من الترجيح .

(١) كذا قرأناها . انظر ما سياتي (٢) كذا في الأصل : « قبض »

الجواب :

قوله : لم قلم بأن الحوالة قابلة للفسخ ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : ذاك لا يدل على قبوله الفسخ بدون التراضي - قلنا : هذا إشارة إلى طريق الفسخ ، ونحن لا ندعى تعيين طريق الفسخ ، بل ندعى قبوله للفسخ بأى طريق كان .

قوله : بأن الحوالة قبض - قلنا : لا نسلم ، بل هى نقل الدين من الذمة إلى الذمة . وإذا تصور نقله من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه ، تصور نقله من ذمة المحتال عليه إلى ذمة المحيل .

قوله : لم فات غرضه ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : وصول الدين ليس بحكم أصلى - قلنا : بلى ، ولكن ليس من قبيل الأتباع أيضا ، بل هو المقصود الأصلى من حكم العقد ، فقواته يوجب حق الرجوع ، بخلاف العبد إذا هلك ، لأن المقصود من ملك العبد التمكن / من الانتفاع ، ولما^(١) قبض ، ١/١٥٢ حصل هذا الغرض ، إلا أنه لم يبق .

قوله : لم قلم بأن هذا الغرض فات قطعاً ؟ قلنا : لأنه إذا مات مفلساً فقد عجز عن قضاء الدين بنفسه وخلفه . وأما ما ذكر من الاحتمال ، فذاك خلاف الظاهر ، بل هو نادر ، فلا يعتبر .

قوله : إن فات الغرض لم يثبت له حق المطالبة ؟ قلنا : لما ذكرناه .

وأما البراءة - قلنا : البراءة الحاصلة^(٢) بالحوالة ما وقعت لازمة ، بل مشروطة بخيار الإبطال عند فوات الغرض ، كما فى البيع .

وأما ما ذكر من معارضة الضرر بالضرر - قلنا : لا معارضة بين الضررين ، لأن ضرر المحيل هو عود الدين إلى ذمته بعد البراءة ، والدين كان فى ذمته ، وضرر المحتال له ضرر فوات حقه أصلاً ، وإنه لم يكن قبل الحوالة ، فكان ضرراً حادثاً ، فكان أقوى ، فكان أولى بالدفع .

(١) فى الأصل تشبه : « وكما » .

(٢) فى الأصل : « الحاصلة من » ويبدو أن « من » شطبت .

١٧٤ - [مسألة] : الصلح على الإنكار جائز .

والوجه فيه - أن دعوى المدعى بعد الصلح تعرى عن الفائدة المطلوبة بالدعوى ، فوجب أن لا تسمع ، قياسا على الصلح بعد الإقرار .

وإنما قلنا ذلك - لأن الفائدة المطلوبة من الدعوى الوصول إلى المدعى ، والمدعى ههنا لا يتوصل [إلى] المدعى ، لأنه لا يخلو : إما أن ينضم إلى هذه ^(١) الدعوى نوع حجة ، كالبينة أو الإقرار أو النكول ، أو لا ينضم : فإن لم ينضم ، لا يتوصل إلى المدعى ، لأن المدعى لا يئذل بمجرد الدعوى ، على ما نطق ^(٢) به الحديث ^(٣) . وإن كان ينضم ، فكذلك ، لأنه يتبين أن الصلح كان إسقاطا لبعض حقه واستيفاء للباقي إن كان الصلح على جنس حقه ، أو تمليكا بعوض إن كان على خلاف جنسه ، لأنه يظهر بهذه الحجج أن المال ثابت ، ولفظ الصلح عند ^(٤) ثبوت المال إسقاط أو تمليك .

٢/١٥٢ . فإن قيل : لا نسلم بأن الدعوى بعد الصلح تعرى عن الفائدة /

قوله : على تقدير انضمام الحجج ، يتبين أن الحق كان ثابتا ، ويتبين أن الصلح كان إسقاطا أو تمليكا - قلنا : لا نسلم أن على تقدير انضمام الحجج يتبين أن الحق كان

(١) في الأصل : « هذا » .

(٢) لعلها كذلك إذ في الأصل هي غير واضحة فهي كذا : « نطن » .

(٣) لعل المقصود : « عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النسي عليه السلام قال : لو يُعطى الناصر بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه . وللبيهقي بإسناد صحيح « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٩ ص ٢١٩

(٤) في الأصل : « عنه »

ثابتاً ، بل على تقدير بعض الحجج يثبت الحق في الحال ، ولا يتبين أنه كان ثابتاً - بيانه : أن من الحجج النكول ، والنكول بذل في الحال ، فيثبت الحق به في الحال ، فلا يتبين أن الصلح كان إسقاطاً أو تمليكا ، فكانت الدعوى مفيدة من هذا الوجه .

ولكن سلمنا أنه يتبين أنه كان إسقاطاً أو تمليكا ، لكن إسقاط مطلقاً أو مشروطاً بشرط أن لا يقدر على الوصول إلى كل حقه بالحجج ؟ ع م - لكن إذا انقضت الحجج يتبين أنه انعدم الشرط فانعدم الرضا ، والصلح لا يصح بدون الرضا ، فيعود إلى أصل حقه ، وصار كما إذا صالح على الإقرار ثم استحق بدل الصلح ، فإنه يرجع إلى أصل حقه . وكذا الوصى إذا صالح على الإنكار ثم وجد البينة : له أن يقيم البينة ، وصار كالمالك : إذا أخذ الضمان عن الغاصب بقول الغاصب ، ثم ظهر أن الأمر ^(١) بخلاف ما قاله ، كان للمالك أن يسترد العين .

والدليل على صحة ما ذكرنا : المصالح ^(٢) بعد الحلف على الإنكار ، والمودع على المالك : إذا اختلفا في الاستهلاك والهلاك ، فاصطلحا على مال ، فإنه لا يجوز مع ما ذكرتم . وكذا [في] الصلح عن دعوى القصاص بعد الإنكار ، لا يجوز .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الدعوى بعد الصلح تعرى عن هذه الفائدة ؟ قلنا : لما ذكرنا أن على تقدير انضمام الحجج إليه ، يتبين أن الصلح كان إسقاطاً أو تمليكا .

قوله : على تقدير بعض الحجج ، وهو النكول ، يثبت الحق في الحال - قلنا : ليس كذلك ، فإن هذه الحجج ليست بمثبتة للحق ، بل هي مظهرة ومثبتة / أن الحق كان ثابتاً .

قوله : النكول بذل - قلنا : لا نعنى بالتمليك البذل والهبة ابتداء ، بل نعنى به ترك المنازعة ، ليستحق المدعى بالسبب السابق ، وهو الدعوى .

(١) كذا يظهر في الأصل إذ حروف « أن الأمر » مشتبكة بعضها ببعض .

(٢) كذا في نظرنا الأصح . وفي الأصل : « الصلح » - انظر العبارة المخطوطة وما سياتي .

قوله : الإسقاط والتملك مطلق أم مشروط بشرط أن لا يقدر على الوصول إلى كل حقه ؟ قلنا : مطلق ، لأن اللفظ مطلق .

وأما إذا استحق بدل الصلح - قلنا : ثمة لم يسلم له العوض ، وهو بدل الصلح ، فلا تعرى الدعوى عن الفائدة ، فيرجع إلى أصل دعواه .

وأما صلح الوصى - قلنا : ثمة الدعوى مقيدة [ة] ، لأنها إذ أقام الحجة ، يظهر أن الإسقاط بهذا العوض لم يصح ، لأنه قريان مال اليتيم ، لا على الوجه الأحسن .
وأما فصل الغاصب - فقد عرف في المضمونات (١) .

والصلح بعد الخلف ، والصلح مع المودع - ممنوع على هذه الطريقة .

والصلح عن دعوى القصاص على الإنكار ، يجوز - نص عليه في أول صلح الجامع الكبير .

والله أعلم .

(١) راجع فيما تقدم كتاب الغصب ، المسائل ١٠٤ - ١١٢ ، ص ٢٥٥ - ٢٧٠ .

كتاب الرهن

١٧٥ — مسألة : الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين . وعنده (١)

أمانة .

وصورته : رهن عينا قيمته خمسة بعشرة ، فهلك ، يسقط الخمسة ويرجع المرتهن على الراهن بخمسة . ولو كان قيمة الرهن عشرة والدين خمسة ، فهلك ، يسقط الدين وتهلك الزيادة أمانة . وعنده : يهلك الكل أمانة ، ولا يسقط شيء من الدين (٢) .

والوجه فيه - أن حكم الرهن ملك اليد والحبس لجهة استيفاء الدين ، فلا يبقى للمرتهن حق المطالبة بدينه بعد هلاك المرهون ، قياسا على ما إذا استوفى الدين حقيقة ، ثم هلك المستوفى (٣) .

وإنما قلنا ذلك - لأن الرهن ينشأ عن الحبس لغة ، نقلا واستعمالا / - قال الله ٢/١٥٣ تعالى : ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ (٤) أى حبيسة .

وإنما قلنا : إنه شرع وثيقة بجهة استيفاء الدين ، لأن الرهن يصلح وثيقة ، والحاجة مست إلى التوثيق ، فيكون للتوثيق ، وتوثيق الاستيفاء من حيث الحقيقة إنما يحصل بالاستيفاء من حيث ملك اليد ، فكان ملك اليد والحبس ثابتا لجهة استيفاء الدين . وإذا كان كذلك ، وجب أن يسقط الدين بهلاكه ، لأنه متى صار مستوفيا لدينه من المرهون يدا ، لا يبقى له حق المطالبة بالإيفاء من حيث اليد مرة أخرى ، لأنه يؤدي إلى

(١ - ٣) أى الشافعى . انظر الكاسانى ، البدائع ، ٦ : ١٤٥ وما بعدها . والزيلعى ، تبين الحقائق ، ٦ : ٦٤ - ٦٥ . وكتابتنا ، مذكرات فى الفقه الحنفى ، ص ٢٥٤ - ٢٥٨ وكذا عند الحنابلة : الرهن أمانة - راجع ابن قدامة ، المغنى ، ٤ : ٤٤٢ وما بعدها وكتابتنا : أحكام المعاملات المالية فى المذهب الحنبلى ، ص ٢٠٢ - ٢٠٣ .

(٤) المدثر : ٣٨ . والطور : ٢١ : ﴿ كل امرئ بما كسب رهين ﴾ .

الربا ، باستيفاء الدين مرتين ، ولا يمكنه المطالبة بالإيفاء من حيث ملك الرقبة ، بدون ملك اليد ، لأنه لا يتصور ، فيسقط حق المطالبة ضرورة^(١) .

فإن قيل : لا نسلم بأن الرهن شرع وثيقة بجهة الاستيفاء للدين ، وهذا لأن توثيق الشيء إثبات صفة زائدة على أصل الوجود مع بقاءه على الصفة التي كانت ، لا تغييره عن تلك الصفة ، وهذا لا يمكن تحقيقه ههنا ، لأن الدين إلى الآن كان بحال لا يسقط بهلاك شيء من أعيان ماله ، والآن صار بحال يسقط بهلاك المهرن ، فكان هذا توهينا ، لا تأكيدا وتوثيقا .

ثم الدليل على أن الرهن ليس باستيفاء الدين - أنه لو كان استيفاء الدين ، لا يخلو : إما أن يكون استيفاء لعين الدين ، أو استيفاء لبذل الدين - لا وجه للأول ، لأن الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء عين الدين لا يكون إلا من جنسه . ولا وجه للثاني ، لإجماعنا أن الرهن بالمسلم فيه وببذل الصرف قبل القبض يجوز مع أن الاستبدال بهما قبل القبض لا يجوز .

ولكن سلمنا أن حكم الرهن ملك الدين بجهة الاستيفاء ، لكن هذا استيفاء يتقرر عند الهلاك أو ينتقض عند الهلاك ؟ ع م - لكن إذا انتقض لا يؤدي إلى الاستيفاء مرتين .

والدليل على أنه ينتقض ، أن انتقاض الاستيفاء من الأصل جائز الثبوت ، كما في حالة الفكاك .

والدليل قد دل عليه ، وهو / صيانة حق المرتهن في دينه من حيث ملك الرقبة . ١/١٥٤

ثم التعليل معارض بقوله عليه السلام : « لا يغلر الرهن ، هو لصاحبه الذي رهنه :

(١) راجع في ذلك : الكاساني ، ٦ : ١٤٥ وما بعدها . وكتابنا المشار إليه فيما تقدم : مذكرات في الفقه الحنفي ، ص ٢٥١ وما بعدها فقد فصلنا القول في ذلك .

له غنمه وعليه غرمه» (١) . وعندكم : على المرتن غرمه وهلاكه .

الجواب :

قوله : لم قلم بأن الرهن شرع توثيقا ؟ [قلنا : لأنه يحقق] استيفاء (٢) الدين من هذا المحل يدا في الحال ورقبة عند الهلاك ، وعقد الرهن شرع لتقريب الدين من الاستيفاء .
وبه خرج الجواب عن قوله : هذا توهين الدين لا توثيقه - لأن كل دين استوفى يدا ورقبة لا يبقى

قوله : لو كان استيفاء : إما أن يكون استيفاء لعين الدين ، أو لبدل الدين - قلنا : أما من حيث ملك اليد ، فهو استيفاء عين الدين ، لأن ملك اليد يعتمد التجانس في المالية فقط ، وقد وجد . وأما من حيث ملك الرقبة ، فهو استيفاء بدل الدين ، ولكن من معنى العين وهو المالية ، لا من صورة العين وذاته ، لأن العين ملك الراهن (٣) ، وهو أمانة (٤) في يد [المرتن] ويهلك على ملك الراهن ، فلهذا جاز الرهن بالمسلم فيه وببدل الصرف (٥) ، لأن المنوع عنه شرعا ثم هو الاستبدال صورة ومعنى ، وهذا استبدال معنى لا صورة .

قوله : هذا استيفاء يتقرر عند الهلاك أم ينتقض ؟ قلنا : يتقرر ، لأن كل استيفاء يتقرر عند هلاك المستوفى ، لأن [الاستيفاء] لن يرتفع ، لأنه إنما ينتقض بالرد كما ذكرتم ، أما بالهلاك [ف] يتقرر .

(١) بلوغ المرام ، رقم ٧٢٢ ص ١٣٠ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨١٠ ص ٨٧٠ - ٨٧١

(٢) في الأصل : « توثيقا واستيفاء » انظر قوله فيما تقدم وفيما يلي .

(٣) في الأصل : « الرهن » .

(٤) في الأصل كذا : « امامه » .

(٥) كذا فيما تقدم قبل سطور : « .. لإجماعنا أن الرهن بالمسلم فيه وببدل الصرف قبل القبض يجوز ... » أما هنا ففي الأصل كما يأتي : « فهذا جاز الرهن على بالمسلم والصرف لأن المنوع عنه »

ومعنى قوله عليه السلام : « لا يخلق الرهن » أنه ليس للمرتهن حق المنع وقت الفكك . وقوله « له غنمه وعليه غرمه » أى له نفعه وعليه نفقته .

١٧٦ - مسألة : رهن المشاع لا يجوز ، سواء كان محتملا للقسمة أو غير محتمل لها - رهن من شريكه أو من أجنبي . وبعضهم قالوا : يبطل . والصحيح أنه ينعقد بوصف الفساد .

والوجه فيه - أن هذا عقد لا يمكن توفير حكمه عليه ، على الوجه الذى اقتضاه ، فوجب القضاء / بفساده ، قياسا على ما إذا قال : رهنك يوما ويوما لا ٢/١٥٤

وإنما قلنا ذلك - لأن حكم الرهن ملك اليد والحبس على سبيل الدوام ، والمشاع لا يحتمل ذلك .

وإنما قلنا : إن حكم الرهن الحبس على الدوام ، لأننا أجمعنا على أنه لو قال : « رهنك يوما ويوما لا » لا يجوز ، والفائت هنا ليس إلا دوام الحبس .

وإنما قلنا : إن المشاع لا يقبل الحبس على الدوام ، لأنه لا يخلو : إما أن يحبس الكل فى كل المدة أو يحبس الكل فى بعض المدة بطريق التهاؤ - لا وجه للأول ، لأنه إضرار بالراهن لشغله ملكه من غير رضاه . ولا وجه للثانى ، لأن التهاؤ يكون بطريق النيابة فى الجانبيين أو بطريق المعاوضة ، والأصالة تأبى كل ذلك ، فلا يصح .

فإن قيل : [قلنا] : لا نسلم بأن التهاؤ بطريق النيابة أو المعاوضة غير ممكن .

قوله : الأصالة تأبى ذلك - قلنا : لا نسلم بأن الرهن فى هذه الحالةبقى أصيلا فى حق الحبس .

وبيان الأصول^(١) مر فى مسألة إجارة المشاع^(٢)

(١) فى الأصل كذا : « الأصول » قال فى اللسان فى مادة « سول » : أصل السول مهموز عند العرب بدليل قوله تعالى : ﴿ قال قد أوتيت سؤلك ياموسى ﴾ (طه : ٣٦) أى أعطيت أمنتك التى سألتها . وقال آخرون من أهل اللغة إنها واو فى الأصل وليس على بدل الهمز وحكى ابن جنى : سؤل وأسؤلة .

(٢) راجع فيما تقدم المسألة رقم ١٥٣ ص ٣٦٥ - ٣٦٧ .

والدليل على أن المشاع قابل للرهن - أنه لا يجعل ذكر بعضه ذكرا للكل ، ولو لم يكن قابلا ، لكان إضافة الرهن إلى الشائع إضافة إلى الكل ، كما في الطلاق والعناق .

والدليل عليه - أن الشيوع الطارىء لا يوجب فساد الرهن .

ولو رهن عينا من رجلين - يجوز ، وهذا رهن المشاع . هـ

الجواب :

قد ذكرنا أن حبس المشاع بطريق التهاؤ غير ممكن ، لأن طريقه النيابة أو المعاوضة ، وقيام ملك الرقبة للراهن يمنع ذلك . وما ذكر من الأصول^(١) - فالجواب ما مر في مسألة إجارة المشاع^(٢) .

قوله : لم يجعل الإضافة إلى البعض إضافة / إلى الكل - قلنا : لأنه خلاف / ١٥٥ الحقيقة ، إلا في الطلاق والعناق والصلح عن دم عمد ، لأن^(٣) ثبوت هذه الأحكام يوجب الحرمة ، والحرمة يحتاط في إثباتها ، والرهن ليس من باب الحرمة .

وأما الشيوع الطارىء - [ف] ممنوع . وإن ثبت فلأن الطرء^(٤) لا يفسد ، كالجهاالة الطارئة والإباق الطارىء .

وأما إذا رهن من رجلين - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - إن هذا ليس رهن النصف ، بل هو رهن الكل من كل واحد منهما . ولهذا لو قضى دين أحدهما يبقى الكل رهنا عند الآخر .

والثاني - إن كان رهن النصف ، ولكن كل واحد منهما يصلح نائبا عن الآخر ومعاوضا - أما ههنا بخلافه .

(١) في الأصل كذا : « الأصول » - راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٣٤ .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٤٣٤ .

(٣) في الأصل كذا : « لا ثبوت » .

(٤) طرأ طرءا وطروءا - حدث وخرج فجأة فهو طارىء - المعجم الوسيط . وفي الأصل

١٧٧ — مسألة : الراهن إذا أعتق العبد المرهون ينفذ إعتاقه ، غير أنه : إن كان موسراً يضمن قيمته ، ويكون رهناً عند المرتن . وإن كان معسراً يسعى العبد في قيمته ، ويكون رهناً عنده ، ويرجع العبد به على المولى .

وعنده : في الإعسار لا ينفذ ، وفي الإيسار (١) : له قولان .

والوجه فيه — أن هذا إعتاق صدر عن ولاية التنفيذ ، فوجب القضاء بنفاذه ، قياساً على إعتاق العبد المديون .

ولما قلنا ذلك — لأن علة ولاية التنفيذ ملك الرقبة ، لأن الإعتاق إزالة ملك الرقبة ، إما قصداً أو تبعاً ، لإزالة الرق ، وملك الرقبة ثابت للراهن من كل وجه ، فوجب أن ينفذ إعتاقه ، دفعاً لحاجته .

ولما قلنا : إن ملك الرقبة ثابت للراهن من كل وجه — لأنه كان ثابتاً مطلقاً ، فلو زال إنما يزول بعارض الرهن ، وعقد الرهن وضع لإثبات ملك اليد ، لا لإزالة ملك الرقبة ، فصح ما ادعينا : إنه إعتاق صدر عن ولاية التنفيذ ، فينفذ .

٢/١٥٠ فإن قيل : قولكم بأن / علة ولاية التنفيذ ملك الرقبة — قلنا : العلة ملك الرقبة فحسب أم ملك الرقبة وملك اليد جميعاً ؟ ع م — وهذا لأن الإعتاق إزالة الضعف عن الحل ، والضعف إنما يكون بكونه قابلاً لملك الرقبة واليد جميعاً .

ولكن سلمنا أن العلة ملك الرقبة ، ولكن لم قلتم بأنه ثابت للراهن ؟ وهذا لأن الملك إطلاق التصرفات ، وإنه منتف هـ بالإجماع حتى لو كان جارية فوطئها يلزمه العقر (٢) .

(١) أتسر فلان يسير وأتسر له في الأمر يسر — المعجم الوسيط .

(٢) راجع في العقر فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٠٥ — قال الجرجاني في تعريفاته : العقر مقدار أجرة الوطء لو كان الزنا حلالاً . وقيل : مهر مثلها . وقيل في الحرة عشر مهر مثلها إن كانت بكرًا ونصف عشرها إن كانت ثيباً . وفي الأئمة قيمتها إن كانت بكرًا ونصف عشرها إن كانت ثيباً .

قوله : بأن الرهن لم يوضع لإزالة ملك الرقبة - قلنا : لم يوضع ابتداء ، لكن وضع بناء على ملك اليد ، لأنه لا يتم إلا به .

ولكن سلمنا أن ملك الرقبة للراهن ، ولكن علة ولاية الإعتاق ملك فارغ أم ملك مشغول ؟ م ع - وهذا مشغول لحق المرتن ، فلا ينفذ ، لأنه يتضمن إبطال حق المرتن ، وذلك ضرر ، وصار كالمرضى المدينون إذا أعتق عبده ، فإنه لا ينفذ ، مع ما ذكرتم .

الجواب :

قوله : العلة ملك الرقبة فقط أم ملك الرقبة وملك اليد ؟ - قلنا : ملك الرقبة فحسب ، بدليل أنه يجوز إعتاق الآبق والمستأجر والمشتري قبل القبض ، وإن انتف [ت] اليد .

قوله : لم قلتم بأن ملك الرقبة ثابت للراهن - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : ماهية الملك منتفية ، بالإجماع - قلنا : لا نسلم . ولا نسلم بأن الملك هو إطلاق التصرفات لا محالة ، بل هو معنى يقتضى إطلاق التصرفات لولا المانع .

قوله : لا يحل له وطؤها - قلنا : لا نسلم - بل الوطاء حلال ، إلا أنه منع عنه لصيانة حق الغير ، كالمنكوحه إذا حبست بالدين - فوجوب العقر فيه روايتان .

قوله : عقد الرهن لم يوضع لإزالة / ملك الرقبة ابتداء ، لكن وضع له - قلنا : ١٥٦ / ملك اليد للمرتن إنما يوجب زوال ملك الراهن إن لو كان في ثبوت ملك الرقبة للراهن بطلان حق المرتن ، وليس كذلك ، لأن الظاهر أن الراهن لا يقدم على الإعتاق صيانة لرهنه ، وإن أقدم فالقيمة تقوم مقامه .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه .

وأما المريض المديون إذا أعتق - فعند أبي يوسف ومحمد : ينفذ ، فيمنع . وعند أبي حنيفة : إنما (١) لا ينفذ لخلل في علة الولاية ، لأن ملكه زال من وجه ، إذ لو لم يزل يتضرر الغرماء ، بلا جابر - أما هنا بخلافه .

(١) في الأصل « إنما » غير واضحة .

كتاب الأشربة

١٧٨ — مسألة : تخليل^(١) الخمر مباح . والخل الحاصل به حلال ، سواء كان بعلاج بأن ألقى فيها الملح أو الخل ، أو بغير علاج بأن نقلها من الظل إلى الشمس أو من الشمس إلى الظل . وعنده : إن كان بعلاج لا يحل قولاً واحداً ، وإن كان بغير علاج له فيه قولان .

فالتحلاف ههنا في موضعين :

أحدهما - إباحة التخليل .

والثاني - حل الخل المتخذ منه .

فتتکلم في الموضوعين جميعاً - فتتکلم :

أولاً - في حل هذا المائع :

الوجه فيه - أن المائع الذي تغير طعمه من المرارة إلى الحموضة بإلقاء هذه الأعيان فيه ، داخل في جنس الطيبات ، فوجب أن يكون حلالاً^(٢) كما إذا تخلل بنفسه^(٣) .

(١) تخلل الخمر جعلها خلًا - المعجم الوسيط . انظر فيما يلي الهامش ٣ . والسرخسي ، المبسوط ، ٢٤ : ٢٢ وما بعدها .

(٢) في الأصل : « حلال » .

(٣) عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : سئل النبي ﷺ عن الخمر تتخذ خلًا قال : « لا » أخرجه مسلم - بلوغ المرام رقم ٢٢ ص ٥ في « باب إزالة النجاسة وبيانها » وسبل السلام ، ١ . رقم ٢٢ ، ص ٤٨ .

وقال السمرقندي في التحفة ، ٣ : ٥٦٥ - ٥٦٦ : « لو ألقى في الخمر علاجاً من الملح والسمك والبيض والخل حتى صارت حامضاً ، يخل شرها عندنا وصارت حلالاً . وعند الشافعي : لا يحل . ولقب المسألة أن تخليل الخمر بالعلاج هل يباح أم لا ؟ ولو نقل الخمر من الظل إلى الشمس ومن الشمس إلى الظل حتى تصير حامضاً - تحل عندنا . وللشافعي فيه قولان - والمسألة =

وإنما قلنا بأنه داخل في جنس الطيبات ، لأن الطيب ما يستطيعه الطبع السليم ولا يستقدره ، كالحديث (١) ما يستخبثه ، وهو المائع بعدما تغير من المزاوة إلى الحموضة : يستطيعه الطبع السليم . ولهذا يستعمل في وجوه المصالح ، فيتخذ منه [السليختين] (٢) والمباحات . / وإذا صار بهذه الصفة ، يطلق عليه اسم الطيب في العرف . وإذا ثبت أنه طيب ، وجب أن يكون حلالا لقوله تعالى : ﴿ أحل لكم الطيبات ﴾ (٣) - الله تعالى أحل جنس الطيبات . والمراد من هذا الطيب ، الطيب العرفي الذي تستطيعه الطباع السليمة ، دون الطيب الشرعي وهو الحلال ، لأنه لو كان كذلك لصار كأنه قال : أحل لكم الحلالات ، وهذا تكرار .

فإن قيل : قولكم بأن هذا المائع داخل في جنس الطيبات - قلنا : هذا خل داخل في جنس الطيبات أم خمر داخل في جنسها ؟ ع م - ولكن الخمر حرام ، سواء كان طيبا أو خبيثا طبعاً .

وإن قال : صار خلا ، كان انتقالاً (٤) لأن الخل حلال ، لقوله عليه (٥) السلام : « نعم الإدام الخل » .

ثم نقول : لا نسلم بأنه صار خلا .

معروفة . والله أعلم » وقال أيضاً ، ج ١ ، ص ١٣٥ : « ... كالخمر تخل فتحل ... » وانظر : السرخسي ، المبسوط ، ٢٤ وما بعدها .
(١) في الأصل : كالحديث .

(٢) كلمة غير مقروءة ولعلها « السليختين » والسليخة من العطر شيء كأنه قشر متسلخ ذو شمع ومن البان دهن ثمرة قبل أن يُربب بأقاويه الطيب - المعجم الوسيط . والقاموس المحيط واللسان .

(٣) المائدة : ٤ - ٥ ﴿ يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات ... اليوم أحل لكم الطيبات ... ﴾ .

(٤) انتقل لفة تحول من مكان إلى آخر - المعجم الوسيط . وراجع في الانتقال عند الأصوليين : السمرقندي ، الميزان ، ص ٧٦٤ وما بعدها .

(٥) « عليه » ليست في الأصل .

ولئن قال بأنه صار حامضيا - قلنا : يحتمل أن الحموضة قامت بها ، ويحتمل أنها قامت بالملقى فيها ، فلا يكون خلا .

ولئن سلمنا أن الحموضة قامت بهذه الأجزاء ، لكن بكلها أم ببعضها ؟ ع م -
بيانه : أن الخمر لا تتخلل دفعة واحدة ، بل جزءا فجزءا ، فكان احتمال بقاء الخمر به قائما ، فلا يصير خلا بالشك .

ولئن سلمنا أنه صار خلا ، لكن خل^(١) طاهر أم نجس ؟ ع م - ولكن الخل النجس لا يكون حلالا ، وإن كان طيبا طبعاً ، كالخل الذى يقع فيه الفأر وماتت ، فلم قلت بأنه طاهر ؟

وبيان أنه نجس : أن ما ألقى فيه صار نجسا بنجاسة الحمرة ، فصار خلا نجسا ، فلا يحل - كما إذا ألقى فى دَن^(٢) من الخل قطرة من الخمر .

الجواب :

قوله : هذا خل داخل فى جنس الطيبات أم خمر داخل [فى الطيبات] ؟ - قلنا : خل داخل فى الطيبات ، لأنه صار بحالة ، لو ذاقه اللغوى يسميه خلا ، وكونه خلا أمر حقيقى / يعرف بالذوق لا بالشرع ، كما إذا تخلل بنفسه .

١/١٥٧

قوله : هذا انتقال^(٣) - قلنا : لا نسلم ، لأن للقائل أن يقول : لم قلت بأن الخل الحاصل به حلال ، فلا بد من الدليل ؟ .

(١) فى الأصل : خلا .

(٢) الدَّنُ وعاء ضخم للخمر ونحوها والجمع دنان - المعجم الوجيز - وانظر فيما بلى الهامش ١ ص ٤٤٤ .

(٣) انتقل لغة تحول من مكان إلى آخر - المعجم الوسيط - راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٤٤٠ . وانظر السمرقندى ، الميزان ، ص ٧٦٤ وما بعدها .

قوله : بأن صفة الحموضة قامت بهذه الأجزاء أو بالعين الملقى - قلنا بهذه الأجزاء ، لأن الحموضة لو كانت باعتبار غلبة الماء على الخمر ، لأدركنا الحموضة (١) في أول الوهلة ، ومعلوم أن الحموضة إنما تظهر بعد زمان طويل .

قوله : الحموضة قامت بكل هذه الأجزاء أم ببعضها ؟ - قلنا : بكل هذه الأجزاء ، لأن الكل قابل لهذه الصفة ، وقد دل الدليل عليه ، وهو إدراك الحموضة فيه بالذوق مع وجود الخمر ، ولا شك بأن بعض الأجزاء صار خلا بالمجاورة ، فيصير الكل بعين هذه العلة بعد مرور الأيام .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه

قوله : هذا خل طاهر أم نجس ؟ قلنا : هذا خل طاهر ، لأن نجاسة الخمر والوعاء والملقى باعتبار الخمرية ، فإذا زالت الخمرية زالت النجاسة .

وأما إذا وقعت فأرة في الخمر وماتت : إن دُمى (٢) منها قبل أن تنفسخ ، ثم صار خلا ، فهو طاهر . وأما إذا انفسخ ، بقى نجسا ، لأن نجاسة أجزاء الفأرة لا يزول بزوال الخمرية .

وأما إذا ألقى في دن من الخل قطرة من الخمر ، إنما لا يحل ، لأنه لا يمكن إدراك طعم ذلك الجزء من الجملة في أول الزمان ، حتى إذا مضى زمان طويل ، يظهر ويحل . والله أعلم .

[الثانى] - وأما الكلام في جواز التخليل (٣)

فالوجه فيه - أن هذا تصرف إصلاح ، فوجب أن يكون مباحا مشروعا ، قياسا على دبيع الجلد .

(١) عبارة « لو كانت باعتبار غلبة الماء على الخمر لأدركنا الحموضة » وردت في الهامش بوصفها ندا لنقص في المتن مع إشارة النقص

(٢) دُمى الجرح دُمى وذميا خرج منه الدم ولم يسيل فهو دَم - المعجم الوسيط - انظر : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ١١٦ - ١١٧

(٣) في الأصل هنا : « التحليل » وفيما تقدم في الأصل « التخليل » .

والدليل على ذلك - أنه تحصيل عين صالح لإقامة المصالح ، حقيقة وشرعا .

وإذا كان إصلاحا على هذا التفسير ، وجب أن يكون مباحا مشروعاً ، لأنه يكون وسيلة إلى إقامة المصالح ، وتمكيننا من استيفائها حقيقة / وشرعا .

١٥٧

فإن قيل : قولكم بأن هذا إصلاح ، فالأسئلة (١) عليه ما مر .

ولئن سلمنا أنه إصلاح من الوجه الذى قلتم ، ولكنه إفساد من وجه آخر ، لأنه إفساد للعين الملقى فيه ، فوَقعت المعارضة .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على جواز التخليل ، ولكن هنا دليل يأبى ذلك ، لأن الإراقة مشروعة ، ولو كان التخليل مشروعاً لما أبيحت الإراقة ، لأنه حينئذ تكون إتلافاً للعين المنتفع به ، ولأنه إعزاز للخمر ، وإعزازها حرام ، ولأنه اقتراب منها ، والخمر يجب اجتنابها .

ثم التعليل معارض بالنصوص :

منها : قوله عليه السلام : « لا تتخذوا الخمرة خلا » .

ومنها : ما روى أنه لما نزلت آية تحريم الخمر كان عند أى طلحة الأنصارى خمور لأيتام فجاء إلى النبي ﷺ [وقال] : « أخللها يا رسول الله ؟ قال : لا - أرقها » .
الجواب :

قوله : إنه إفساد فى الحال - قلنا : بلى - ولكن للوصول إلى الصلاح . وما هذه حالة لا يقضى بقبحه ، كما فى البرائة (٢) والحجامة .

(١) فى الأصل كذا : « فالأسئلة » راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٣٤ .

(٢) فى الأصل كذا : « الدراعة » وذرع الذبيحة ذرعاً سلخها من قبل عنقها وذرع الرقة إزالتها من قبل المفصل من غير كسر وذرع فى عنقه حبلاً شده عليه فاختنق - المعجم الوسيط . وفى التحفة ، ٢ : ٥٢٣ : « ولو استأجر البراغ والفساد والختان فعملوا عملهم ثم سرى إلى النفس ومات فلا ضمان عليهم .. » وكذا ، التحفة ، ٣ : ١٤٧ .

وأما جواز الإراقة - قلنا: إنما جازت الإراقة لمصلحة أخرى لا تحصل بالتخليل ، وهو التحرز عن الوقوع في الفساد في الحال ، وهذا لا يمنع إباحة التخليل .

قوله : بأنه إعزاز الخمر - قلنا : لا نسلم ، بل هو إهانة لها وإعزاز للخل ، لأنه سعى في إتلاف الخمرية .

قوله : بأنه اقتراب من الخمر - قلنا : بلى - ولكن لإتلاف الخمرية ، لا للشرب ، فلا يحرم كالإراقة .

وأما الحديث الأول - قلنا : محمول على اتخاذها ، بمنزلة الخل ، على الموائد ، كما في قوله : لا تتخذوا الدواب كراسي ، عملا بما ذكرنا .

وأما الحديث الثاني - فمنسوخ ، لأنه كان في أول زمان التحريم ، حين كان يبالغ النبي ﷺ في ذلك حتى كان يأمر بكسر الدنان^(١) / وشق الرقاق^(٢) ، ثم نسخ ، كقتل الكلاب .

والله أعلم .

== وانظر فيما بعد ص ٤٨٠ حيث يقول المؤلف : « - وكذا الفصاد والبزغ والحجام ... » والبزغ الشق يقال : بزغ البيطار أشاعر الدابة وبضعها إذا شق ذلك المكان فيها بمبضعه والبزغ والتبزيغ التشريط وفي الحديث : « إن كان في شيء شفاء ففي بزغة الحجام » والبزغ الشرط وبزغ دمه أساله - اللسان .

(١) الدن وعاء ضخم للخمر ونحوها والجمع دنان - المعجم الوجيز - راجع الهامش ٢ ص ٤٤١ .

(٢) الرق وعاء من جلد يجز شعره ولا يُنتف للشراب وغيره والجمع أرقاق وزقاق - المعجم الوسيط .

١٧٩ — مسألة : طلاق المكره وعناقه ونكاحه ونذره وبمينه ، صحيح نافذ - خلافا

له (١)

والوجه فيه - أن هذا تصرف تطليق ، فوجب أن يصح ، قياسا على الطائع .

وإنما قلنا ذلك - لأن التطليق مشروع في حق المكره ، وقد وجد صيغة التطليق ، فيقع الطلاق .

وإنما قلنا : إن التطليق مشروع في حق المكره - لأن التطليق إنما كان مشروعا (٢) في حق الطائع لمعنى ، وهو الحاجة إلى استيفاء المصلحة المطلوبة بالتطليق ، والمكره أحوج إلى التطليق من الطائع ، لأنه معلق به (٣) بقاؤه وخلاصه من القتل ، لأنه لو لم يطلق يقتله المكره ، والطائع لا يتعلق به بقاؤه ، فشرع التطليق ثمة ، على شرعه هنا دليل .

فإن قيل : قولكم بأن التطليق مشروع - قلنا لا نسلم

قوله : لأنه يحتاج إليه لمصلحة بقاء نفسه ، ودفع القتل عنه - قلنا : لا نسلم بأنه يحتاج إلى الطلاق ، لدفع القتل .

فلئن قال بأن غرض المكره (٤) تخليصها من حبالته ، ليتزوج بها ، فلو لم يطلقها ،

(١) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٣ : ٤٥٩ وما بعدها وفيه (ص ٤٦٥) : « وإن كان تصرفا لا يحتمل الفسخ ، كالطلاق والعناق والنكاح واليمين والنذر ونحوها ، فإنه ينفذ التصرف عندنا - خلافا للشافعي . والمسألة معروفة » .

(٢) « مشروعا » كلمة غير واضحة تماما في الأصل .

(٣) قد تكون : « يتعلق »

(٤) في الأصل هنا إشارة هكذا : « ⊙ »

بقتله ، ليصل إليها - قلنا : لا نسلم بأن غرضه هذا ، بل يحتمل أن يكون غرضه هذا ، ويحتمل أن يكون غرضه تعذيبه والإضرار به .

ولئن سلمنا أن غرضه هذا ، ولكن هذه حاجة يندر وجودها ، فلا يشرع لها الطلاق .

ولئن سلمنا أنها حاجة يغلب وجودها ، ولكن الطلاق في أصل الشرع شرع للخلاص من النكاح ، لا لحاجة دفع القتل ، فلا يتعدى إلى غيره .

ولئن سلمنا أن لهذه الحاجة أثرا في شرع الطلاق ، لكن الطلاق هنا تعين مدفعا لهذه الحاجة أم لم يتعين ؟ ع م . وهذا لأن / هذه الحاجة كما تندفع بالطلاق تندفع بالإتيان بصيغة الطلاق ، إذ لا وقوف للمكره إلا على الصيغة . ٢/١٥

ولئن سلمنا أن الطلاق مشروع في حق المكره ، لكن لم قلتم بأنه أتى به ؟ .

قوله : وجد منه صيغة التطليق - قلنا : لم قلتم بأن هذه الصيغة وجدت من المكره . وهذا لأن المكره آلة المكره ، بدليل أنه إذا أكرهه على إعتاق عبده فأعتقه ، يجب على المكره القيمة ، فيكون مضافا إلى الذى استعمل الآلة لا إلى الآلة ، ولأنه لم يقصد التطليق ولم يُرَدّه ، فلا يقع - دل عليه : أنه لو أكرهه على الإقرار بالطلاق ، فأقر - لا يصح . ولو أكرهه على تسليم الشفعة ، فسلم - لا يصح . ولو أكرهه الصبي والمعتوه لا يصح .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنه يحتاج إلى الطلاق لدفع القتل عن نفسه ؟ قلنا : لأن غرض المكره من الإكراه الوصول إلى المرأة ، فلو لم يُطْلَق ، يقتله . وما ذكر من الاحتمال ، أمر يخالف الظاهر واللفظ ، فلا يعتبر .

قوله : هذه حاجة يندر وجودها - قلنا : وإن ندر وجودها ، ولكن إذا وقعت لأبد لها من مخلص . وذلك بشرع الطلاق ، وإنما يلحق النادر بالغالب ، إذا لم يمكن التمييز بينه وبين الغالب ، أما إذا أمكن ، فلا .

على أنا نقول : بأن هذه الحاجة يغلب وجودها في جنسها من حيث الخلاص عن
عهدة النكاح .

قوله : الطلاق حيث شرع ، [ف] لإزالة النكاح لا لدفع [القتل] - قلنا : الطلاق
إنما شرع لحاجة الخلاص عن عهدة النكاح ، وهذه حاجة الخلاص عن عهدة النكاح .
إلا أن طرق الحاجات مختلفة .

قوله : القتل يندفع عنه بمجرد الصيغة - قلنا : المكروه يطلب منه التطليق لا بمجرد
الصيغة . فلو لم يوجد منه التطليق / يقتله تحقيقا لغرضه ، فوجب القول بتصور
التطليق^(١) منه حقيقة وشرعا ، وبوجوده^(٢) دفعا للقتل عن نفسه .

قوله : لم قلتم بأنه أتى بالتطليق ؟ قلنا : لأن الكلام فيه .

قوله : لم قلتم بأن الصيغة وجدت منه ؟ قلنا : لأنه أمر حقيقى .

قوله : إنه آلة - قلنا : عنه جوابان : أحدهما - لا نسلم تصور كون المختار آلة
للغير : في فعل ما . والثانى - إنما يكون آلة فيما يتصور ، وذلك في^(٣) المحسوسات
كالقتل وغيره ، لا في المشروعات .

قوله : لم قلتم بأنه قصده وأرادته حتى يكون تطليقا - قلنا : لأن الكلام فيما إذا وجد
منه القصد والإرادة ، والصيغة دليل القصد .

وأما إذا أكرهه على الإقرار بالطلاق - قلنا : يصح الإقرار ، حتى لو قال بعد زوال
الإكراه : كنت صادقا ، كان الحكم ثابتا ، إلا أنه إذا أخبر أنه كان كاذبا يصدق
أيضا ، لأن الظاهر يدل عليه .

وأما إذا سلم الشفعة مكرها ، يحصل التسليم ، لكن بوصف الفساد ، كالبيع
الصادر من المكروه ، فكان بسبيل من نقضه ، كما في البيع .

(١) في الأصل كذا : « التطلق » .

(٢) الظاهر : ويتصور وجوده - أو : ويتحقق وجوده .

(٣) « في » غير واضحة في الأصل .

وأما طلاق الصبى والمعنوه - قلنا : إنهما ليسا أهلا^(١) للطلاق ، ولهذا لا يقع ، وإن كانا طائعين - أما ههنا بخلافه .

١٨٠ - مسألة : إذا باع مكرها وسلم مكرها ، ينفذ البيع ويثبت الملك - خلافاً لزفر^(٢) .

وأجمعوا أنه لو سلم طائعا أو أجاز طائعا - يثبت الملك .

والوجه فيه - أن هذا تصرف بيع ، فوجب أن لا يعرى عن إثبات الملك في الجملة ، قياساً على بيع الطائع .

٢/١ وإنما قلنا ذلك - لأن البيع مشروع في حق المكره ، لعموم النصوص المقتضية / لجواز البيع ولمساس الحاجة إلى شرع البيع في حقه ، وهو تعلق بقائه^(٣) ودفع القتل عنه بالبيع - على ما مر .

(١) في الأصل كذا : « إهما لفساده فلا للطلاق .. » .

(٢) قال السمرقندى في التحفة ٣ : ٤٦٤ : إنه إذا ورد الإكراه على إنشاء التصرف : « إن كان تصرفاً يمتثل الفسخ ويشترط فيه الرضا ، كالبيع والشراء والإجارة ونحوها ، والإكراه بأى طريق كان - فإنه يكون التصرف فاسداً : إن اتصل به التسليم يفيد الملك وإلا فلا ، وعلى قول زفر : يكون موقوفاً على إجازة المكره - والمسألة معروفة » - وانظر فيما بعد الهامش ١ ص ٤٥٠ .

وقال الكاسانى في البدائع ، ٥ : ٣٠٤ - ٣٠٥ : « وأما شرائطه (شرائط البيع الفاسد) فاثنتان : أحدهما - القبض فلا يثبت الملك قبل القبض ... والثانى - أن يكون القبض بإذن البائع . فإن قبض بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك بأن نهاء عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه فإن لم ينه ولا أذن له في القبض صريحاً فقبضه بمحضرة البائع : ذكر في الزيادات أنه يثبت الملك وذكر الكرخى في الرواية المشهورة أنه لا يثبت ... » .

وانظر : الكاسانى ، البدائع ، ٧ : ١٨٦ - ١٨٩ . وأستاذنا السنبورى ، مصادر الحق ، ٢ : ٢٢٩ وما بعدها . وفي الفرق بين بيع المكره والبيع الفاسد : ابن عابدين ، ٥ : ١٢٥ . وكتابتنا . نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامى ج ١ في الفقه الحنفى ، ص ٧٦ وما بعدها حيث شرحنا بالتفصيل المقصود بالقبض .

(٣) في الأصل : « بقائه » .

وإذا كان البيع مشروعاً في حقه ، لا بد له من صورة ، [ف] يوجد بتلك الصورة ،
وليس ذلك إلا قوله « بعث » ، وقد وجد ، فيكون بيعاً ، فيكون سبباً للملك .
فإن قيل : لا نسلم بأنه تصرف بيع ، وهذا لأنه لو كان بيعاً في الحال لأفاد الملك في
الحال .

وأجمعنا على أنه لا يفيد الملك إلا بعد القبض .

ولئن سلمنا أن هذا بيع ، لكنه بغير رضا ، فلا يفيد الملك - بالكتاب والسنة
والحكم :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون
تجارة عن تراض منكم ﴾ ^(١) .

وأما السنة - [ف] قوله عليه السلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من
نفسه » .

وأما الحكم - [ف] بيع الفضولي والبيع بشرط الخيار . ولأنه بيع فيه شرط للإبطال
للبيع ، فلا يفيد الملك ، كالبيع بشرط الخيار .

ولئن سلمنا أنه بيع ، ولكنه لا يفيد الملك قبل التسليم ، والتسليم لم يوجد منه ، بل
من المكروه ، لأنه آفة ، فلا يفيد الملك .

الجواب :

قوله : لو كان بيعاً لأفاد الملك في الحال - قلنا : البيع سبب للملك ، إلا أن الحكم
قد يتراخى عن السبب المانع ، وقد وجد المانع قبل القبض ، وهو الفساد المتمكن فيه
لعدم الرضا ، فالتحقق بسائر العقود الفاسدة ، في حق توقف الملك .

(١) النساء : ٢٩ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون
تجارة عن تراض منكم ﴾ . وفي الأصل : « ولا تأكلوا » .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٢٩)

قوله : بيع بغير رضا - قلنا : بلى ، ولكن يتصور البيع بدون الرضا .

وأما النص - قلنا : ليس من ضرورة انتفاء الحل انتفاء الملك ، كالمملوك بالبيع الفاسد والمملوك بالغصب المضمون .

وأما الحديث - فإنه نفى الحل إلا بطيبة من نفسه / ، والحل هنا بعد البيع لم يبق ملك البائع ، بل صار ملكا للمشتري . ١/١

وأما بيع الفضول والبيع بشرط الخيار - فهو غير مباشر في حق الحكم ، إنما هو مباشر في حق العاقدین ، أما هنا ، [ف] البيع حصل مطلقا .

قوله - مشروط الخيار الإبطال - قلنا : بلى ، ولكن إلى أن يطل يثبت الملك . وكونه بسبيل من الفسخ لا يمنع ثبوت الملك ، كالمبيع المعيب .

قوله : لا يفيد الملك قبل التسليم - قلنا : لا نسلم بأن التسليم شرط ، بل قبض المشتري حقيقة شرط . وإن كان شرطا ، ولكن وجد التسليم منه حقيقة ، لأنه عاقل مختار^(١) ، فلا يصلح آلة للغير .

١٨١ - مسألة : قال أبو حنيفة ومحمد : إذا أكره إنسانا على قتل غيره بالسيف ، فقتله ، يجب القصاص على المكره دون المكره . وقال زفر : يجب على المكره دون المكره . وقال الشافعي : يجب عليهما . وقال أبو يوسف : لا يجب على واحد منهما . والوجه فيه - أن القتل إماتة ، فلا يشرع إلا لمصلحة الإحياء .

(١) الرضا هو إثارة الشيء واستحسانه بخلاف الاختيار الذي هو القصد إلى الشيء وإرادته . فالمكره على الشيء يختاره ولا يرضاه - ابن عابدين ، رد المختار ، ٤ : ٩ .

وقال في التوضيح ، ٢ : ١٩٦ : « الإكراه .. إما ملجئ بأن يكون بفوت النفس ، أو العضو ، وهذا معدم للرضا ومفسد للاختيار . وإما غير ملجئ بأن يكون بحبس أو قيد أو ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار » انظر شرحه في التلويح . وانظر السمرقندي ، التحفة ، ٣ : ٤٥٩ وما بعدها . والكاساني ، البدائع ، ٧ : ١٧٥ وما بعدها . وأستاذنا السهري رحمه الله ، مصادر الحق ، ٢ : ١٩٨ وما بعدها . والمجلة ، المادة ١٠٠٣ وما بعدها .

وإنما قلنا ذلك - لأن الدليل ينفي شرع الإمامة ، لكونه تخريب ببيان الله تعالى ، إلا إذا كان لدفع ضرر مثله . وذلك يكون لمصلحة الإحياء ، والإحياء هنا في قتل المكره دون المكره ، لأن الإحياء في باب القصاص بطريق الجبر ، وبطريق الزجر ، وكلاهما حاصل في قتل المكره دون المكره :

أما طريق الجبر - فهو أن المعنى به دفع سبب الهلاك المتوجه إلى الورثة من جهة القتل ، لأن الورثة يقصدون قتل المكره لا المكره ، لأنهم يرون الشر منه لا منه . وإذا لم يقصدوا قتله ، لا يقصد قتلهم ، فلا يوجه إليهم الهلاك منه .

٢/١٦٠ وأما بطريق / الزجر - فلأن المكره إذا علم أنه يقتل بالإكراه ، ينزجر ، فيمتنع عن الإكراه . ولا كذلك المكره ، فإنه يعلم أنه لو لم يقتل يقتل . فإن قيل ما ذكرتم ثم ، إدارة الحكم على الحكم ، والحكم لا يدار على الحكم لخفاء بها ، بل على أسبابها .

ولئن سلمنا أن إيجاب القصاص لما ذكرتم ، لكن لم قلتم بأن الإحياء هنا في قتل المكره ؟ .

قوله : الورثة لا يقصدون قتل المكره ويعذرونه - قلنا : لا نسلم ، وأى عذر لمن جعل مسلما معصوم الدم وقاية لنفسه - دل عليه أن الشرع يأمره بالصبر حتى يقتل ولا يضره ، فإذا لم يعذره الشرع ، لم يكن معنورا عند الأولياء .

قوله : الزجر لا يتحقق في حق المكره - قلنا : لا نسلم .

قوله : إنه لم لو يقتل يُقتل في الحال - قلنا : وجود القتل من جهة المكره ليس بأمر قطعي ، لأنه ربما يهدده ويحمّله على القتل ، فإذا امتنع عن القتل لا يقتله ظاهرا ، والظاهر أن الأولياء يقتلون طلبا للشفاء^(١) .

قوله : المكره إذا علم أنه يُقتل بالإكراه ينزجر - قلنا : الحاجة كما مست إلى شرع

(١) الشفاء دواء النفس . وفي القرآن الكريم : ﴿ وشفاء لما في الصدور ﴾ - يونس : ٥٧ - المعجم الوسيط . وفي الأصل كذا : « للشفى » .

الزجر عن الإكراه مست إلى شرع الزجر عن قتل المكره ، فيجب القتل على المكره تحقيقا للزجر .

ثم ما ذكرتم باطل بالمسك والمعين على القتل ، فإنهما يقتلان ، مع ما ذكرتم .
الجواب :

قوله : بأن هذا إدارة الحُكم على الحُكم - قلنا : الحُكم لا بد له من الحِكْمة - [ولنا] الإشارة للنص ، وهو قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ ^(١) إلا أن الحِكْمة إذا كانت ظاهرة يدار الحكم عليها ، وإن كانت خفية يدار الحكم على دليلها .

قوله : لم قلتم بأنه معذور ؟ - قلنا : لا نعنى بكونه معذورا / أنه غير ملوم شرعا ، وأنه مطلق فيه ، بل نعنى به أن الورثة إذا راجعوا أنفسهم : أن هذه الحادثة لو وقعت لهم يقدمون على القتل ، يعذرونه .

قوله : بأن قتل المكره ليس بأمر قطعى ، بل هو غالب وظاهر - قلنا : بلى ، ولكنه تأخر ، وقتل الأولياء بطريق القصاص متأخر ، يتمكن من دفعه بالفرار ^(٢) وغيره ، ومرجى منهم العفو والصلح .

قوله : الحاجة مست إلى شرع الزجر عن قتل المكره - قلنا : قتل المكره يناق ^(٣) الإكراه ، فإذا انتفى الإكراه ، ينتفى قتل المكره ضرورة .

وأما المسك والمعين - قلنا : ليس فعلهما بحال إذا وجد ، يوجد القتل ، لا محالة ، وإذا انعدم ينعدم - أما هنا يخالفه .

والله أعلم .

(١) البقرة : ١٧٩ .

(٢) تشبه : « بالدار » .

(٣) في الأصل كذا : « ينا على » .

كتاب الحجر

١٨٢ — مسألة : الحجر على الحر السفية باطل ، حتى تنفذ تصرفاته قبل الحجر وبعده عند أنى حنيفة .

وقال صاحبه : الحجر صحيح . غير أن عند محمد : كما ^(١) بلغ سفيا يبلغ محجورا . وعند أنى يوسف : يبلغ مطلقا ثم يصير محجورا بحجر القاضى هـ .

وأجمعوا أنه يمنع ماله عنه ، ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة . فإذا بلغ خمسا وعشرين سنة — عند أنى حنيفة : لا يمنع . وعندهما : دام المنع ما دام السفه .

والوجه فيه — أن التصرف الصادر من السفية تصرف تمليك فى خالص ملكه ، فوجب أن يفيد الملك ، قياسا على الرشيد .

وإنما قلنا ذلك — لأنه قصد إيقاعه تمليكا ، والشرع جعله بسبيل من ذلك ، فيقع تملكا : أما القصد فظاهر . وأما بيان أن الشرع جعله بسبيل منه ، لأن الشرع إنما جعل الرشيد بسبيل من ذلك لكونه آدميا مكرما حرا بالغا محتاجا إلى التمليك والتملك — هذا المعنى موجود هنا . /

فإن قيل : قولكم بأنه تصرف تمليك — قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه قصد إيقاعه تمليكا — قلنا : لا نسلم .

وأما الصيغة — قلنا : الصيغة إنما تدل على القصد إذا صدرت عن عقل ورأى . أما إذا صدرت عن سفه فلا ، كالصيغة الصادرة عن الطفل والمجنون .

ولئن سلمنا أنه قصد التمليك ، ولكن لم قلتم بأن الشرع جعله بسبيل من ذلك ؟ .

(١) فى الأصل قد تكون « كما » أو « لما » .

قوله : لأن الرشيد إنما جعل بسبيل لكونه آدميا مكرما ، وإنه موجود هنا - قلنا : كونه مكرما يقتضى إطلاق التصرف النافع أم الضار ؟ م ع - ولا يمكن دعواه ، لأن إظهار الكرامة بإطلاق التصرف النافع ، وتصرف السفهية ضار ظاهرا وغالبا .

ثم التعليل معارض بالكتاب وإجماع الصحابة :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمِلَ هُوَ فليَمَلْ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ ﴾ (١) - جعل للسفيه وليا ، فكان هو مؤليا عليه ضرورة ، فيفيد حجر القاضى عليه . وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ - الآية ﴾ (٢) .

وأما الإجماع - فما روى أن عبد الله بن جعفر اشترى دارا بأربعين ألف درهم ، فطلب عمه على بن أبى طالب من عثمان أن يحجر عليه .

الجواب :

قوله : الصيغة إما تدل على القصد إذا صدرت عن عقل ورأى - قلنا : بلى ، ولكن السفهية عاقل ذو رأى عالم ، لأن أصل العقل موجود فى حقه ، بدليل توجه التكليف ، والكمال ليس بشرط - بدليل نفاذ تصرفات النساء مع نقصان عقولهن .

قوله : لم قلتم بأن الشرع جعله بسبيل ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : كونه مكرما يقتضى إطلاق التصرف النافع أم الضار ؟ قلنا : يقتضى كونه بسبيل من التصرف نافع لكن هذه التصرفات نافعة / فى وضعها ، من حيث إنه يوصل المتصرف إلى مرامه .

١/١٠

(١) البقرة : ٢٨٢ .

(٢) النساء : ٥ - ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ .

قوله : بأن السفية يياشر التصرف الضار غالبا وظاهرا - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن التصرف الذى هو إتلاف محض لا يياشر السفية غالبا ، بل يياشر الغبن واستيفاء الملاهى ، ولكن هذا الضرر اندفع بمنع المال عنه ، لأنه إذا منع المال منه ، لا يمكن صرفه فى هذه الوجوه .

وأما الآية - قالوا : أما فى قوله : « وليه » كناية إلى الضعيف ، لأنه أقرب المكنيات ، وذلك الصبى ، وهو محجور^(١) . وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ ﴾ أراد بها النساء - هكذا ذكر فى التفسير^(٢) . . .

وأما حديث عبد الله بن جعفر^(٣) - فالمطلوب من عثمان كان الزجر والحجر باللسان ، لا الحجر حقيقة .

(١) راجع فى تفسير الآية (البقرة : ٢٨٢) ، الشوكانى ، فتح القدير ، ١ : ٣٠٠ - ٣٠١ . وفيه أنه يُعمل عن السفية وليه المنصوب عنه بعد حجره وعن الصبى وصيه أو وليه وعن العاجز وليه أو المنصوب عنه من الإمام أو القاضى وعن الذى لا يستطيع وكيله ... الخ .

(٢) قال سعيد بن جبير : هم اليتامى . وقال مالك : هم الأولاد الصغار . وقال مجاهد : هم النساء - قال النحاس وغيره : وهذا القول لا يصح ، إنما تقول العرب : سفاته أو سفيات - انظر الشوكانى ، فتح القدير ، ١ : ٤٢٥ . راجع الهامش ٢ ص ٤٥٤ .

(٣) عبد الله بن جعفر بن أبى طالب القرشى الهاشمى : يكنى أبا جعفر . ولدته أمه أسماء بنت عميس بأرض الحبشة . وهو أول مولود ولد فى الإسلام بأرض الحبشة . وقدم مع أبيه المدينة وحفظ عن رسول الله ﷺ وروى عنه وتوفى بالمدينة سنة ٨٠ هـ وهو ابن تسعين سنة وقيل توفى سنة ٨٤ هـ أو ٨٥ هـ وهو ابن ثمانين سنة وأكثرهم على أنه توفى سنة ٨٠ هـ . يقال : لم يكن فى الإسلام أجود منه (ابن عبد البر - الاستيعاب) .

كتاب المأذون

١٨٣ — مسألة : المأذون في النوع ، يكون مأذونا في الأنواع كلها . وعنده : لا يصير مأذونا إلا في النوع الذي خص المولى الإذن به ^(١) .

وصورته : إذا قال له : اتجر في الخبز - يصير مأذونا في التصرف في الخبز والبيع ^(٢) . وعنده : في الخبز فقط .

والوجه فيه - أن العبد متصرف بمالكية نفسه ، فلا يتخصص تصرفه بنوع دون نوع ، قياسا على الحر .

وإنما قلنا ذلك - لأن الحر إنما كان مالكا للتصرف بنفسه ، لكونه مكلفا ، وكونه مكلفا يقتضى الجرى على مطلق موجب التكاليف وذلك إنما يكون بالتمكن من التصرفات تمكيننا من الجرى على موجب التكاليف ، بواسطة حصول الأموال - هذا المعنى موجود في حق العبد ، فكان مقتضاه أن ينفذ تصرفه قبل الإذن ، إلا أنه امتنع ذلك حقا للمولى . فإذا وجد الإذن رضى / بزوال حقه وتعطيل منافع العبد في حقه بنوع من التصرف . ولا فرق في حق المولى بين أن تعطل منافعه بالتصرف في نوع واحد ، وبين أن تعطل بالتصرف في أنواع ، لأنه من حيث تعذر الانتفاع لا يتفاوت ، فإذا رضى المولى بزوال المانع ، فتعمل المالكية عملها في كل الأنواع .

فإن قيل : قولكم بأن العبد يتصرف بمالكية نفسه - قلنا : لا نسلم .

(١) راجع : كتاب المأذون في : التحفة ، ٣ : ٤٨١ وما بعدها .

(٢) البيع نوع من الثياب والخز من الثياب ما ينسج من صوف وإبريسم أو ما ينسج من إبريسم خالص - والإبريسم أحسن الحرير - المعجم الوسيط . وفي مختار الصحاح : والإبريسم معرب وفيه ثلاث لغات . والعرب تخلط فيما ليس من كلامها .

قوله : بأنه مكلف ، والتكليف يقتضى المالكية - قلنا : التكليف يقتضى الإمكان المطلق ، لكن فى حق من هو يكفى المؤنة من جهة الغير أم فى حق من ليس يكفى المؤنة ؟ ع م . والعبد يكفى المؤنة من جهة المولى شرعا وعرفا ، فلا حاجة إلى إثبات المالكية له .

ولئن سلمنا أن التكليف يقتضى المالكية ، ولكن كونه بأعضائه وآلاته مملوكا للمولى ، تبقى المالكية ، فوقع التعارض .

ولئن سلمنا أن التكليف يقتضى المالكية لا لعينها ، بل لغرض الوصول إلى المال ، وهذا الغرض لم يحصل ، لأن المال لا يملكه العبد ، بل يملكه المولى .

ولئن سلمنا أن التكليف يقتضى المالكية مطلقا ، لكن لم قلتم بأنه ثبت (١) هنا ؟ .

قوله : المولى إذا أذن رضى بتعطيل منافعه - قلنا : فى كلها أو بعضها ؟ ع م . وهذا لأن غرض المولى من إذن العبد فى التجارة هو الربح ظاهرا ، والربح إنما يحصل بالهداية ، والمولى إذا خص الإذن بهذا النوع ، دل على أنه جربه ، فوجده مهتديا فى هذا النوع ، دون غيره ، فيختص به .

دل عليه - أن المأذون فى جنس ما ، لا يكون مأذونا فى الأجناس ، حتى لو أذن له فى الكتابة لا يصير مأذونا فى النكاح . ولو أذن له فى شراء الطعام للقوت ، لا يكون / مأذونا فى غيره .

الجواب :

قوله : التكليف يقتضى المالكية فى حق من هو مكفى المؤنة أم لا ؟ - قلنا : التكليف يقتضى الإمكان مطلقا ، وذلك إنما يحصل بطريق يستبد المكلف به ، ولا يتعلق باختيار الغير كل التعلق - دل عليه أن المرأة مكفية المؤنة من جهة الزوج ومع هذا يثبت لها مالكية التصرفات .

(١) هذه الكلمة « ثبت » غير واضحة هنا .

قوله : كونه مملوكا للمولى ينفى المالكية - قلنا : كون العبد مملوكا للمولى لو منع ثبوت المالكية ، إنما يمنع لأن فيه تعطيل مصلحة المولى ، وذلك بالإطلاق ، وثبوت موجب هذه التصرفات ، لا بثبوت مالكية العبد .

قوله : التكليف يقتضى المالكية لغيرها ، وهو حصول المال ، ولم يحصل - قلنا : لا نسلم ، بل يحصل ويصل إلى هذا الغرض بعد الإذن ، إلا إذا كان عليه دين ، فينتقل إلى المولى ، أما ابتداء فلا .

قوله : بأن غرض المولى هو الربح - قلنا : الإذن ثبت مطلقا غير مقيد ، فوجب أن لا يقيد ، كى لا يمتنع الناس عن المعاملة معه .

وأما الإذن فى جنس - إنما لا يكون فى الأجناس ، لأن الغرض من الإذن استفادة موجب هذه التصرفات : إما للعبد أو لنفسه . والغرض من هذا الجنس غير الغرض من ذلك الجنس ، فالرضا بهذا لا يدل على الرضا بغيره .

وأما إذا أذن له فى شراء الطعام ، فإن ذلك من باب الاستخدام ، لا من باب الإذن .

١٨٤ - مسألة : المولى إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت ، يصير مآذونا له فى التجارة ، خلافا له .

والوجه فيه - أن السكوت فى هذه الحالة يدل على الإذن والرضا بالتصرف ، فوجب أن تجرى عليه أحكام صريح الإذن ، قياسا على الإشارات المعهودة من الأخرس .

٢/١٦٣ وإنما قلنا ذلك - لأننا لو لم نجعل السكوت إذنا ، لصار المولى / تاركا للواجب ، لأن اشتغال العبد بالتصرف من غير إذن المولى حرام ، لما فيه من صرف منافع المولى إلى غير مصرفه ، فوجب على المولى منعه ونهيه ، لأن النهى عن المنكر ^(١) واجب عند الإمكان ،

(١) فى الأصل كذا « المكر » . وسيأتى بعد قليل : « المنكر » .

فدل ترك النهي على أن تصرف العبد ليس بحرام ، ولا يكون ذلك إلا برضاه ، فكان السكوت دليل الرضا ، فوجب أن تجرى عليه أحكام صريح الإذن ، لأن الناس يظنونهم مأذونا في التجارة ، بناء على هذه الدلالة ، فيبايعونه ويعاملونه ، فلو لم تجر (١) عليه أحكام الإذن ، يؤدي إلى إتواء (٢) حقوقهم ، وذلك حرام .

فإن قيل : قولكم بأن اشتغال العبد بالتصرف من غير إذن المولى حرام ، فوجب على المولى منعه - قلنا : هذه الحرمة تثبت حكما للشرع أم حقا للعبد ؟ ع م - ولكن لم يجب على المولى المنع عن تصرف حرم لحقه ، وهذا يؤدي (٣) بوجوب استيفاء حقه ، وليس كذلك .

ولئن سلمنا أنه حرام ، ولكن تزول هذه الحرمة بعفو المولى ، فلا يجب عليه المنع لا محالة .

ولئن سلمنا أن نهى المنكر واجب ، ولكنه واجب على الكفاية ، فلا يأثم بتركه أو هو واجب موسعا ، فلا يأثم بتركه في الحال ؟ .

ولئن سلمنا أنه واجب علينا ، ولكن لم قلتم بأن السكوت دليل الرضا ، بل يحتمل الرضا والسخط ، والظاهر هو السخط ، وإن سكت ؟

ولئن سلمنا أنه دليل الرضا ، لكن لم قلتم بأنه يجرى عليه أحكام صريح الإذن ؟ .
(١) في الأصل : « محرى » .

(٢) في الأصل : « اتوا » وفي المعجم الوسيط : تَوَى المال تَوَى ذهب فلم يُرَج . ويتكلم فقهاء الحنفية على التوى في الحوالة فيقولون : التوى لغة هو التلف والهلاك وفي الشرع عند أى حنيفة يكون بأحد أمرين : ١ - أن يجمد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا يئنه عليه للمحال ولا للمحيل . و ٢ - أن يموت مفلسا بأن لم يترك مالا ينفى بالمحال به لا عينا ولا ديناً ولا كفيلا عنه بدين المحال . وعند الصاحبين بهما وثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه ، (أى حال حياته - انظر بحثنا : الحوالة في المذهب الحنفى ، حولية كلية الشريعة بجامعة قطر ، العدد الرابع ، ١٤٠٥ - ١٩٨٥ ، ص ٥٠١ .

(٣) هذه الكلمة غير ظاهرة في الأصل . وفي المعجم الوسيط : أَدَّى بِكَذَا تَفْعُلُ بِهِ تَدَايِلُ

قوله : لو لم يجر يؤدي إلى الضرر بالناس - قلنا : يكفيكم هذا القدر في التعليل ، فكان مستدركا .

ثم نقول : لا نسلم بأنه يؤدي إلى الضرر بالناس ، لأن الظاهر أنهم لا يعاملونه بهذا القدر ، بل يراجعون إلى المولى فيستخبرونه .

ولئن سلمنا أن في أحكام الإذن دفع الضرر عن الناس - ولكن في الإذن / ضرر بالمولى فوق التعارض . ١/١٦٤

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - إذا رأى عبده يتزوج فسكت ، لا يصير مأذونا في التزويج .

ومنها - إذا رأى إنسانا يبيع ماله ، فسكت - لا يصير مأذونا .

ومنها - المرتن إذا رأى الراهن يبيع المرهون والمستأجر ، إذا رأى الآجر يبيع المستأجر ، فسكت - لا يكون إذنا .

دل عليه : أنه لا يصير مأذونا في التصرف الذي باشره ، حتى لا ينفذ بالإجماع ، ففى غيره أولى .

الجواب :

قوله : تصرف العبد حرام حقا للشرع أو حقا للمولى ؟ - قلنا : لا حاجة إلى التقسيم ، بل إذا ثبت كونه حراما ، يجب على المولى المنع ، لقوله تعالى : ﴿ قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا ﴾ (١) وقوله عليه السلام : « من رأى منكرا فليغيره بيده - الحديث » .

قوله : تزول هذه الحرمة بعفو المولى - قلنا : أثر العفو في رفع الإثم بعد وجود القبيح ، والواجب هو المنع عن القبيح حتى لا يوجد .

قوله : هو واجب على الكفاية - قلنا : لا نسلم ، بل واجب على التعيين ، لأن المولى وقف عليه وقدر على منعه ، فيتعين لذلك .

قوله : واجب موسع - قلنا : لا ، بل مضيق ، لأن الخير لا يؤخر .

قوله : بأن السكوت دليل السخط - قلنا : الواجب عليه المنع ، لما مر . فإن عجز يكتفى بإظهار السخط ، وهو لم يعجز .

قوله : لم يجرى عليه حكم^(١) صريح الإذن ؟ قلنا : كى لا يؤدي إلى الضرر بالناس . وما ذكر من الاستدراك فمدفوع ، لأن السكوت إذا لم يكن دليلا على الإذن والرضا ، فالناس لا يعاملونه . ولو فعلوا كان الضرر حاصلًا باختيارهم ، فلا يجب دفعه . ولو كان السكوت إذنا ، لا يكفي لإثبات حكم المسألة ، لأنه دون صريح الإذن ، فيكون دليلا قاصرا ، فلا يبنى عليه الحكم .

قوله : لا يعاملونه ، بل يراجعون إلى المولى - قلنا : لا نسلم ، بل يعاملونه / وليس ٢/١٦٤ كل أحد يمكنه المراجعة إلى المولى في الاستخبار .

وأما المعارضة - قلنا : دفع الضرر عن الناس أولى لوجهين : أحدهما - أن ضرر المولى مقابل بعوض وهو ملك المبيع . والثاني - أنه خاص وضررهم عام ، فكان أولى بالدفع .

وأما إذا رآه يتزوج : [ف] فيه اختلاف^(٢) المشايخ ، فيمنع .

وأما إذا رأى غيره يبيع ماله - فلأن في نفاذه ضرر بالمالك قطعا ، لزوال ملكه .

وأما المرتهن والمستأجر - قلنا : لا يجب عليهما النهي ، لعدم المنكر ، لأن العين في أيديهما .

وأما التصرف المباشر - فهو على هذا الخلاف .

(١) في المتن : « أحكام » وصحح في الهامش إلى « حكم » .

(٢) في الأصل كذا : « اختلاف » .

١٨٥ - مسألة : الصبي العاقل المأذون له في التجارة إذا باع أو اشترى أو آجر أو استأجر ينفذ تصرفه . وعنده لا ينفذ تصرفه . ولو تصرف قبل إذن المولى ينعقد عندنا ، ولا ينعقد عنده .

والوجه فيه - أن هذا تصرف تمليك ، في محل قابل للتملك ، فوجب أن يثبت الملك ، قياسا على البالغ .

وإنما قلنا ذلك - لأنه قصد إيقاعه تمليكا والشرع جعله بسبيل من ذلك ، فيقع تمليكا .

والدليل على القصد - الصيغة الموضوعة له .

والدليل على إذن الشرع - احتياجه لهذا المعنى ، [ف] ثبت في حق البالغ .

فإن قيل : ما ذكرتم إن دل على جواز تصرف الصبي ، ولكن هنا دليل يأى ذلك . وذلك : [أولا] - أن الشرع أسقط اعتبار عقل الصبي في حق التصرفات الضارة والدائرة بين الضرر والنفع ، كالطلاق والعنق والإقرار بالدين والهبة ، نظرا له ، والبيع تصرف دائر بين الضرر والنفع ، لما فيه من زوال المبيع وملك الثمن ، فلا يجعل للصبي إهلاكه . والثاني - أننا لو نفذنا تصرف الصبي امتنع تنفيذ تصرف الولي في هذا المحل ، ومصلحة تصرف الولي أعظم ، فقواتها يكون ضررا - دل عليه أنه مولى عليه قبل الإذن وبعده ، وذلك دليل العجز .

١/١٦٥ ولو تصرف / قبل الإذن - ثم بلغ فأجاز ، لا ينفذ ، ولو كان بسبيل منه نفذ ، كالعبد إذا أعتق .

الجواب :

قوله : الشرع أسقط اعتبار تصرفات الصبي - قلنا : لا نسلم .

أما الطلاق - فالصبي لا يقف على تمام مصالحه ، لأن بعض مصالح النكاح والطلاق يتعلق بقضاء الشهوة ، والصبي لا يقف على ذلك ، ولأنه يشتمل على ضرر ظاهر . ولهذا لو باشر الولي في حقه ، لا ينفذ ، بخلاف البيع .

وهو الجواب عن العتاق والإقرار بالدين والهبة .

قوله : بأن المصلحة المتعلقة بتصرف الولي أعظم - قلنا : لا نسلم ، بل لا تفاوت بينهما ، لأن الكلام في الصبي العاقل ، على أن الولي إن كان أكمل منه عقلا ، فالصبي أوفر شفقة .

قوله : إنه مولى عليه قبل الإذن وبعده - قلنا : بلى ، ولكن ولاية الولي كما يجوز أن تبقى لعجز المولى عليه ، يجوز أن تبقى لمعنى وهو تميم النظر .

وأما إذا باشر التصرف قبل البلوغ وأجاز بعد البلوغ - فالصحيح أنه ينفذ ، بخلاف العبد . والفرق أن تصرف العبد انعقد على وجه ينفذ على المولى بإجازته ، وتصرف الصبي انعقد على وجه ينفذ عليه بإجازة الولي ، فافترقا من هذا الوجه . والله أعلم .

١٨٦ - مسألة : رقبة العبد المأذون بتباع بدين التجارة . وعنده : لا تباع .

وعلى هذا الخلاف : أرش يد العبد ، وما اكتسبه العبد من الصيد والخطب والحشيش - عندنا : يصرف إلى الدين . وعنده : لا يصرف .

والوجه فيه - أن القول بتعليق الدين برقبة العبد استيفاء دفع لأعلى الضررين بتحمل أدناهما ، فوجب المصير إليه ، قياسا على دين الاستهلاك .

وإنما قلنا ذلك - لأن في تعليق الدين برقبة العبد إن كان نوع ضرر المالك بإزالة ملكه / عن الرقبة ، لكن في المنع عن التعليق ضرر بالبائع ، بالامتناع عن إبقاء^(١) حقه في الثمن ، وضرر المالك دون ضرر البائع ، لأن ضرر المالك يقابله نفع ، وهو ملك المبيع ، لأن المبيع يدخل في ملكه ، وضرر البائع لم يقابله هذا النوع من النفع ، فكان أعلاهما ، وكان أولى بالدفع ، كما قلنا في دين الاستهلاك ، بل أولى لأن ثمة : ضرر المالك لم يقابله هذا النوع من النفع ، فكان مثل ضرر المتلف عليه ، فههنا أولى .

(١) في الأصل كذا : « ابقا » .

فإن قيل : قولكم بأن ضرر المالك دون ضرر البائع - قلنا : لا نسلم ، بل ضرر البائع دون ضرر المالك - ببيان من وجهين : أحدهما - أن البائع متى أقدم على المبايعة مع العبد مع علمه بعجزه ، فقد رضى به ، والضرر المرضى به أخف . والثاني - أن ضرر البائع ضرر تأخير حقه ، لأنه يصل إلى حقه في الثاني بكسب العبد ، وضرر المالك ضرر فوات حقه عن رقبة العبد ، وضرر التأخير دون ضرر الإبطال .

ولئن سلمنا أن هذا الضرر ليس دون ذلك الضرر ، لكن لم قلتم بأن ضرر البائع فوق ضرر المالك ؟

قوله : بأن ضرر المالك قابله نفع ، وهو ملك المبيع - قلنا : لا نسلم بأن المبيع يدخل في ملكه ، وإنما يدخل المبيع في ملكه إذا لم يكن على العبد دين ، وهذا عليه دين ، فلا يدخل في ملكه .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - أنه لا يتعلق دين التجارة ، قبل الإذن ، برقبته ، وإن صدقه المولى .

وكذا بعد الإذن ، ما دام الكسب قائما .

وكذا لو فضل الدين عن الكسب ، لا يتعلق الفاضل برقبة العبد .

الجواب :

قوله : بأن ضرر البائع دون ضرر المالك - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه رضى به - قلنا : لا نسلم ، وكيف يجوز أن يدعى هذا وإنه باشر البيع ورضى / بزوال ملكه عن المبيع الذي تعلقت به مصلحة بقائه لمساس حاجته إلى الوصول إلى الثمن - فهذا يدل على أنه لا يرضى بزوال ملكه عن المبيع إلا بثمن يوفى من كل محل يمكن إيفاءه منه ، ورقبة العبد يمكن إيفاء دينه منه ، فيتعلق به .

١/١٦٦

قوله : ضرر البائع ضرر التأخير - قلنا : ضرر التأخير دون ضرر الإبطال إذا لم يكن مقابلا بعوض . أما ضرر التأخير ، إذا لم يقابله عوض ، [فـ] فوق ضرر الإبطال إذا

قابله عوض ، وهنا قابله نفع ، وهو ملك المبيع .

قوله : المولى إنما يملك المبيع إذا لم يكن على العبد دين - قلنا : إنما لا يملك إذا كان عليه دين مستغرق للكسب والرقبة جميعا ، فنفرض الكلام فيما إذا لم يكن مستغرقا .
وأما دين التجارة قبل الإذن - قلنا : شراء العبد قبل الإذن لا ينفذ في حق المولى ، ولا يوجب ملك المبيع له ، فلا يوجب حقه في الضرر .

وأما حال قيام الكسب - إنما لا يتعلق بالرقبة ، لأنه أمكن دفع ضرر البائع بدون ضرر المولى .

وأما إذا فضل الدين - قلنا : الفضل لا يظهر في الحال ، لأن هذا القدر من الكسب يصلح لقضاء كل قدر من الدين على البدل .
والله أعلم .

كتاب الجنايات

١٨٧ — مسألة : موجب العمد هو القصاص عينا . وليس للولى أخذ الدية بغير رضا القاتل . وله فيه قولان : فى قول : الواجب أحدهما لا بعينه وللولى خيار التعيين . وفى قول : الواجب هو القصاص عينا ، لكن للولى ، حق إسقاط القصاص وأخذ الدية بغير رضا القاتل (١) .

وتمرة اختلاف قوله تظهر فى عفو الولى وموت القاتل : فعلى قول التخيير : يأخذ المال فى الموت لا فى العفو . وعلى قول التعيين : يأخذ المال فى العفو لا فى الموت . والوجه فيه — أن موجب القتل العمد شرع لإعدام الضرر الواقع بالقتل العمد ، والقصاص أبلغ فى إعدام هذا الضرر ، فتعين موجبا .

وإنما قلنا ذلك — لأن أخذ المال أو القصاص ضرر ، والضرر لا يشرع إلا لدفع الضرر .

وإنما قلنا : إن القصاص أبلغ فى إعدام الضرر — لأن الضرر الواقع بالقتل ضرر توجه الهلاك إلى الورثة ، لأن من قتل الإنسان يقصد قتل أوليائه ، لأنهم يقصدون قتله ، طلبا للتشفى ، فيقصد هو قتلهم ، دفعا للهلاك عن نفسه ، فيتوجه سبب الهلاك نحو الأولياء ، فيجب دفع هذا الضرر عنهم ، والقصاص أبلغ فى إعدام هذا الضرر ، لأنه متى قتل القاتل انقطع احتمال حصول القتل من جهته ، وبالمال لا ينقطع ، فكان أولى ، فيتعين .

(١) قال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ١٤٢ - ١٤٣ : « أما الجناية فى النفس الموجبة للقصاص فنوع واحد وهو القتل العمد الخالى عن الشبهة - وهذا عندنا . وقال الشافعى : فى قول يجب به أحدهما : إما القتل أو الدية والخيار إلى الولى . وفى قول : الواجب هو القصاص عينا لكن للولى حق العدول إلى المال من غير رضا القاتل » .

فإن قيل : هذا تعليل في معرض النص ، فيكون باطلا . والنص ما روى عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال في حديث : « ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يقتل وإما أن يفدى » - أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما .

ثم نقول : قولكم بأن القصاص أبلغ في إعدام الضرر - قلنا : إعدام هذا الضرر واجب حقا لولي القتيل أم حقا عليه ؟ م ع - بيانه : وهو أن القصاص وجب حقا له ، فيكون بسبيل من استيفائه وتركه ، وسبيل من دفع هذا الضرر من كل وجه أو من وجه .

ولئن سلمنا أنه أبلغ في إعدام الضرر ، ولكنه أبلغ في كونه ضرا ، فوقع التعارض .
ولئن سلمنا أنه أبلغ ، ولكن لم قلتم بأن الضرر هنا ضرر توجه القتل نحو الأولياء ؟ .
قوله : لأن كلا يهم بقتل صاحبه - قلنا : الظاهر أنهم يتقادون للشرع ، وإن لم يتقادوا ، فالسلطان يدفعهم .

والدليل على أن القاتل لا يقصد قتل الأولياء أن / الكلام فيما إذا عفا عن القتل ، فلم يتوجه القتل نحوهم ؟

ولئن سلمنا أن سبب الهلاك يندفع بالقصاص ولكن في المال حياة المقتول معني ، لأنه ينفذ منه وصاياه ويقضى منه ديونه .

ثم التعليل معارض بالكتاب والسنة والمعقول والحكم :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه ﴾ ^(١) أثبت المصير إلى الدية عند العفو مطلقا .

وأما السنة - فما روي .

(١) البقرة : ١٧٨ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ﴾ .

وأما المعقول - وهو أن في بذل المال الصيانة عن الهلاك ، فوجب أن يكون كل بسبيل منه .

وأما الحكم - [ف] أجمعنا على أن من قطع يد إنسان ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع ، كان له حق اختيار الدية من غير رضا القاطع .
الجواب :

أما الحديث : قالوا معناه - والله أعلم - إن شاعوا أخذوا الدية برضا القاتل ، إلا أنه لم يذكر الرضا صريحا ، لثبوته عادة .

قوله : دفع الضرر واجب حقا لولى القتل أم عليه ؟ قلنا : حقا عليه ، لأن دفع الضرر عن الغير كما هو واجب ، فدفع الضرر عن نفسه ، لا سيما ضرر الهلاك ، واجب ، ولا يباح له تحمله .

قوله : بأن القصاص إن كان أبلغ في إعدام الضرر ، لكنه أبلغ في كونه ضررا - قلنا : بلى ، ولكن ضرر القصاص لا يبالى به ، لوجهين : أحدهما - أنه مشروع بالإجماع . والثاني - أن من عليه القصاص جان وظالم ، فلا يبالى بالإضرار به .

قوله : الظاهر من حال القاتل أن لا يقصد قتل الأولياء - قلنا يقصد قتلهم ، لأنه تعين مدفعا للهلاك عنه ، وليس له ظاهر حال .

وأما دفع السلطان - فالظاهر أن أمثال هؤلاء لا يبالون بخوف السلطان ، بل يسعون في دفع القتل عن أنفسهم في الحال .

٢/١٦٧ قوله : الكلام فيما إذا عفوا عن القتل ، / فلا يتوجه الهلاك نحوهم - قلنا : عفوهم إن كان يدل على انعدام القتل ، لكن امتناع القاتل من بذل المال وبذله لنفسه دليل على أنه عرف من حال الولي أنه يأخذ ماله ويقتله .

قوله : في المال حياة المقتول معنى - قلنا : هذا أمر محتمل : وقد يكون للمقتول دين

[يوفى]^(١) وقد لا يكون ، ودفع الهلاك عن الورثة بأبلغ الوجوه أهم ، فيتعين القصاص .

وأما الآية - قالوا ، والله أعلم - المراد منها القصاص بين شريكين عفا أحدهما - وبه نقول .

وأما الحديث - فالجواب عنه ما ذكرنا .

وأما المعقول - قلنا : أثر هذا في أن يجب البذل على القاتل ، لا في حل الأخذ بدون رضاه .

وأما ما ذكر من الحكم - قلنا : يتعين التصاص به موجبا ، لكن ثبت حق العدول إلى المال ، لأن الأصل في اليد هو السلامة ، فكان سلامة اليد مستحقة ، ويظهر هذا الاستحقاق في حق العدول إلى المال ، فإذا عجز عن استيفاء اليد سالمة يتخير - أما ههنا بخلافه^(٢) .

والله أعلم .

١٨٨ - مسألة : شريك الأب لا يجب عليه القصاص . وعنده : يجب . وأما شريك الخاطيء وشريك السبع^(٣) وشريك الصبي والمجنون وشريك نفسه - عندنا : لا يجب . وهو الظاهر من مذهب الشافعي . وبعضهم يمنعون .

والوجه فيه - أن الموجود من الشريك ليس بقتل ، فلا يجب عليه القصاص ، كشريك الخاطيء .

(١) هذه في الأصل كلمة غير مقروءة فهي هكذا : « بوجه » - راجع المسألة فيما تقدم (ص ٤٦٧) .

(٢) راجع : السمرقندي ، التحفة ، ٣ : ١٤٣ .

(٣) كذا في الأصل - انظر : التحفة ، ٣ : ١٤٢ وما بعدها .

وإنما قلنا ذلك - لأن المقتول واحد ، والمقتول الواحد لا يفعل فيه إلا قتل واحد ، لأن القتل اسم لمعنى يحل المحل ، فيوجب كونه مقتولا ، كسائر الحوادث .

دل عليه - أن المحل يوصف بكونه مقتولا ، فلا بد أن تكون هذه الصفة راجعة إلى معنى يحل المحل ، لأن [ن] موجب العلة يختص بمحل العلة ، فثبت أن القتل معنى في المحل يوجب كونه مقتولا ، / وكونه مقتولا لا يتعدد ، فالمعنى الموجب كذلك لا يتعدد أيضا ، فثبت أن القتل واحد ، والقتل الواحد إذا جعل فعلا لهذا ، لا يمكن جعله (١) فعلا للآخر ، لأن الفعل الواحد لا يكون فعلا لفاعلين في حالة واحدة بجهة واحدة ، فلا يكون فعل الشريك وحده قتلًا ، فلا يجب عليه القصاص ، لقوله عليه السلام : « لا يحل دم امرئ مسلم (الحديث) » (٢) .

١/١٦٨

فإن قيل : قولكم بأن المقتول واحد ، فلا يفعل فيه إلا قتل واحد - قلنا : على سبيل المقارنة أم على سبيل التعاقب ؟ ع م - ونحن نسلم أن الشخص إذا صار مقتولا مرة ، لا يصير مقتولا ثانيا . ولكن الكلام في أنه هل يتصور أن يصير مقتولا دفعة واحدة من جهة شخصين ، فيكون كل واحد منهما قاتلا على سبيل الكمال ، وهذا لأن القتل فعل أجرى الله العادة بفوات الحياة عقيبه ، فجاز أن يوجد من كل واحد منهما ذلك . قوله : بأن القتل معنى يحل المحل - قلنا : لا نسلم ، بل القتل فعل القاتل لا صفة المقتول .

والدليل على أن فعل كل واحد منهما قتل ، أننا أجمعنا على أنه لو حلف لا يقتل فلانا ، فقتله مع غيره بحث في يمينه .
والدليل عليه فعل الأجبيين : فإن فعل أحد الأجبيين ألحق بالقتل ، سدا لباب الظلم والعدوان (٣) - كذا هذا .

(١) كانت العبارة في المتن : « .. لهذا لا يكون فعلا للآخر » ثم صححت في الهامش بقوله : « لا يمكن جعله ... » .

(٢) إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة - انظر بلوغ المرام ، رقم ٩٩٠ و ٩٩١ ص ١٧٩ .

(٣) في الأصل كذا : « العدول » - انظر ما يلي ص ٤٧٥ و ٤٨١ .

الجواب :

قوله : لا يفعل في المحل إلا قتل واحد على المقارنة أم على التعاقب ؟ قلنا : على المقارنة والتعاقب جميعا ، لما ذكرنا : أن القتل صفة في المحل ، وهي صفة الجملة لا الأجزاء ، حتى لا يلزمنا الضرب والكسر : فكون الشخص مقتولا لا يتعدد . فكذا موجه لا يتعدد ، لا على المقارنة ، ولا على التعاقب .

١٦٨ / قوله : بأن القتل اسم لفعل القاتل - قلنا : لا نسلم ، فإن القتل مما يوجب صفة / المحل ، وهو كونه مقتولا ، وفعل القاتل قائم به ، فكيف يوجب صفة في المحل ؟ إلا أن فعل القاتل تحصيل لذلك المعنى ، كالتحريك تحصيل الحركة التي تحل المحل - كذا هنا .

وأما إذا حلف لا يقتل ، فقتل مع غيره - قلنا : هو غير قاتل حقيقة ، إلا أنه قاتل عرفا ، والمعتبر في باب الأيمان هو العرف .

وأما فعل الأجنيين - قلنا : خصص عن قضية النص لمعنى - ذلك المعنى لم يوجد هنا . بيانه - أن القتل بصفة الاجتماع من الأجانب يكثر وجوده - أما مثل هذا القتل [ف] لا يكثر وجوده .

والله أعلم .

١٨٩ - مسألة : الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفاء . وعنده : لا يقتل اكتفاء ، غير أنه إن قتلهم على التعاقب يقتل بالأول اكتفاء وتجب الديات للباقيين . وإن قتلهم على المقارنة : له فيه قولان - في قول : يقتل بالواحد غير عين ، ويجب ديات الباقيين مشتركة بينهم . وفي قول : يقرع ، فيقتل من خرجت قرعته ، وتجب الديات للباقيين .

والوجه في ذلك - أن قتل الواحد بالجماعة في معنى قتل الواحد بالواحد ، فوجب الاكتفاء به .

وإنما قلنا ذلك ، لأن قتل الواحد بالواحد شرع لمعنى الزجر ولمعنى الجبر :

أما معنى الزجر - فهو أن يعلم أنه إذا قتل يقتل ، للزجر عن القتل - وهذا المعنى موجود في الصورتين .

وأما معنى الجبر - فلا أنه إذا قتل القاتل يندفع توجه الهلاك نحو الورثة ، وهذا المعنى أيضا موجود في الصورتين ، فوجب أن لا يجب المال ، لأنه لو وجب لا يخلو : إما أن يجب لمصلحة شرع القتل لها ، أو لمصلحة أخرى : لا وجه للأول - لأن تلك المصلحة صارت مستوفاة بالقتل . ولا وجه للثاني - لأن الشرع لم يجمع بين / مصلحة أخرى وبين المصلحة المستوفاة بالقتل ، بدليل أنه لم يجمع بينهما في قتل الواحد بالواحد والجماعة بالواحد .

١/١٦٩

فإن قيل : قولكم بأن معنى الزجر أن يعلم أنه إذا قتل يقتل ، وهو موجود في الصورتين - قلنا : لا نسلم بأنه موجود في صورة النزاع ، وهذا لأن الإنسان ما لم يقتل أحدا إذا تأمل أنه يقتل الواحد أو الجماعة ، يقتل ، يمتنع عن قتل الكل . أما إذا قتل الواحد واستحق قتله مرة لا يمتنع عن قتل غيره خوفا من استحقاق القتل لوقوع المخذور .

ولئن سلمنا أن القتل زاجر عن قتل الجماعة ، لكن يتصور الزيادة عليه في الزجر ، بضم المال إليه ، فوجب ضم المال تحقيقا بأبلغ الوجوه .

ولئن سلمنا أنه لا يجب لمعنى الزجر ، لم لا يجب المال لتحصيل معنى الجبر ؟ .
قوله (١) : لأنه لو وجب : إما أن يجب لمصلحة شرع القتل لها ، أو لمصلحة أخرى - قلنا : لم لا يجب لمصلحة أخرى ؟ .

قوله : لأن الشرع لم يجمع بين مصلحة القتل ومصلحة أخرى - قلنا : لا نسلم .
وأما فصل : الواحد بالواحد والجماعة بالواحد - قلنا : ثمة وقع الاكتفاء بالتقصاص

(١) في الأصل : « قوله قوله » .

على خلاف قضية الدليل ، لأن الدليل يقتضى شرع القصاص لمعنى الزجر ، وشرع المال لمعنى الجبر بإعادة الحياة معنى بواسطة المال ، إلا أنا عدلنا عن قضية هذا الدليل عملاً بالنصوص المقتضية للمماثلة ، أما ههنا [ف] لا مماثلة من (١) قتل الواحد وقتل الجماعة ، فلا يدخل تحت النصوص ، فيجب ضم المال إليه بقضية الدليل - دل عليه قطع يميني رجلين فإنه لا يكتفى بالقطع .

الجواب :

قوله : الإنسان ما لم يقتل ، فإذا تأمل أنه بالقتل يقتل ، ينزجر . أما إذا قتل واستحق قتله ، لا ينزجر - قلنا : هذا خلاف العادة ، فإن العادة المستمرة أن من توجه نحوه الهلاك ، بسبب يتكلف لدفع ذلك عن نفسه ، لا أن يياشر / أمثال ذلك ، وهذا ٢/١٦٩ لأن قتله ، وإن استحق ، ولكن القتل ليس بمتيقن بل رجاء العقو ثابت ، ولا كذلك إذا كثرت الأسباب .

قوله : يتصور الزيادة عليه في الزجر بضم المال - قلنا : الزجر الحاصل بالقتل يبلغ مبلغا لا يظهر الزجر الحاصل بالمال في مقابلته ، لأنه إن كان يتمتع بشرع القتل ، فلا حاجة إلى شرع المال . وإن كان لا يتمتع بشرع القتل ، فضم المال إليه لا يتمتع أيضا . قوله : لم لا يجب المال لتحصيل الجبر ؟ - قلنا : لأن الشرع لم يجمع بينهما في قتل الواحد بالواحد .

قوله : ثم وقع على خلاف قضية الدليل - قلنا : لا نسلم بأن الأصل أن يكون الحكم على وفاق الدليل والفقه فيه ، وهو أنه لا يمكن دفع الضرر الحاصل بالقتل العمد العدوان من كل وجه ، لأن إعادة حياته غير ممكن والمنافع المتعلقة بالحياة ليس لها حد مضبوط ، والمنفعة المقدرة بالدية منفعة مقدرة معينة لا يهتدى إليها [ل] بالرأى والقياس ، فالنافع للدية هذا الوجه .

وأما فصل الأطراف - قلنا : حكم الأطراف خلاف حكم النفوس^(١) ، لأن الأطراف يسلك فيها مسلك الأموال ، لكونها وقاية للنفس ، ولأنها تتجزأ ، وقتل النفس لا يتجزأ ، فافترقا .

وهذا أس مسألة الأيدي : لا تقطع بيد واحدة قصاصا .

والوجه فيه - أن الموجود من كل واحد منهم قطع بعض اليد ، فلا يستحق على كل واحد منهم قطع كل اليد .

وإنما قلنا ذلك - لأن اليد في حق القطع متجزئة ، لأن لها نصفاً وربعاً وثلاثاً وغير ذلك ، وقد وجد منهم قطع كل اليد ، فكان الحاصل بفعل كل واحد منهم قطع بعض اليد ضرورة ، وإذا كان كذلك لا يجب على كل واحد منهم قطع كل اليد ، لأن قطع كل اليد يزيد على قطع بعض / اليد في الجنابة ، فلا يكون بينهما مماثلة ، فلا يشرع عملاً بالنصوص^(٢) المقتضية للمماثلة .

١/١٧٠

فإن قيل : لا نسلم بأن اليد متجزئة في حق هذا القطع .

ولئن سلمنا أنها متجزئة ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد من كل واحد منها قطع كل اليد . وهذا لأن الكلام فيما إذا وجد من كل واحد منهما فعل صالح لإبادة^(٣) كل اليد ، لأن الكلام فيما إذا أخذنا سكيناً واحداً وأمرنا بها .

والدليل على أن كل واحد منهما قاطع كل اليد أننا أجمعنا أن المحرمين إذا قطعاً طرف صيد الحرم ، يجب على كل واحد منهما جزاء كامل ، لوجود كل القطع من كل واحد منهما - كذا هذا .

ولئن سلمنا أن الموجود من كل واحد منهما قطع بعض اليد ، لكن لم لا يستحق على كل واحد منهما قطع كل اليد .

(١) هنا نقطة هكذا : « • » .

(٢) هنا نقطة هكذا : « • » .

(٣) أبان الشيء - فصله وأبعده - المعجم الوسيط .

قوله : المماثلة شرط - قلنا : ولم قلّم بأنه لا مماثلة بين الأطراف والطرف الواحد فيما يرجع إلى القصاص - بيانه أن بين الأنفس والنفس الواحدة مماثلة في حق القصاص ، فيكون بين الأيدي واليد الواحدة مماثلة في حق القصاص ، لأن التساوى في الأصل يقتضى التساوى في الفرع .

ولئن سلمنا أنه لا مماثلة بينهما ، ولكن لو شرطنا المماثلة يؤدي إلى فتح باب الظلم والعلوان ، فلا يشترط ، كما في النفوس .

ولئن سلمنا أن المماثلة معينة ، ولكن عندنا لا جرم يجب على كل واحد منهما قطع نصف اليد ، إلا أنه لا يمكن ، فيكمل ، كما في سرقة العبد .

الجواب :

قوله : لم قلّم بأن اليد متجزئة في حق هذا القطع - قلنا : لأن المسمى به أنها بالقطع تنقطع جزءاً فجزءاً .

قوله : لم قلّم بأنه لم يوجد من كل واحد منهما قطع كل اليد ؟ - قلنا : لأن إضافة كل الفعل إلى كل واحد منهما والحالة هذه / غير ممكن .

وأما المحرمان إذا قطعاً طرف صيد الحرم - قلنا : كل واحد منهما قطع بعض اليد أيضاً ، إلا أنه يجب على كل واحد منهما جزاء كاملاً ، لأن الجزاء موجب الجناية على الإحرام ، وكل واحد منهما جان على الإحرام .

قوله : لم يجب على كل واحد منهما قطع كل اليد - قلنا : لأن المماثلة شرط .

قوله : لم قلّم بأنه لا مماثلة بين الأطراف والطرف الواحد - قلنا : لأن قطع كل الطرف في الإضرار فوق قطع بعض الطرف .

قوله : بأن بين النفس والأنفس مماثلة - قلنا : لأن المقصود من القصاص في الأطراف غير المقصود من القصاص في الأنفس ، على أننا نقول : إزهاق الروح لا يتجزأ ، أما قطع اليد [ف] يتجزأ ، فافترقا .

قوله : شرط الماثلة يؤدي إلى فتح باب الظلم والعدوان - قلنا : لا يؤدي ، لأن القطع بصفة الاجتماع ينذر وجوده ، بخلاف القتل بصفة الاجتماع ، فإنه يكثر وجوده .
قوله : عندنا يجب على كل واحد منهما قطع نصف اليد إلا أنه لا يمكن فيكمل - قلنا : يلزم من هذا أن يكون البعض تبعا للبعض في حق سقوط العصمة ، وإنه لا يجوز ، بخلاف العبد إذا سرق فإنه تقطع يده لقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما .. الآية ﴾ (١) .

١٩٠ - مسألة : إذا ضرب إنسانا بالسوط الصغير ووالى في الضربات ، حتى مات ، لا يجب عليه القصاص (٢) .

والوجه فيه - أن هذا قتل تمكن الخلل في عمديته ، فلا يكون سببا للقصاص ، قياسا على ما إذا جرحه خطأ ثم عمدا .

وإنما قلنا ذلك - لأن احتمال حصول القتل بالضربة الأولى والثانية قائم ، لأن من الجائز أنه أصاب المقتل في الضربة الأولى والثانية ، فأفضى إلى فوات الحياة . وعلى / هذا التقدير كان القتل لا بصفة العمدية ، لأن الضربة والضريتين لا يدلان على القصد ، إذ لا يقصد بهما القتل ، بل التأديب وغيره . ومن الجائز أن القتل حصل بالموالاة (٣) .

(١) المائدة : ٣٨ - ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ﴾ .

(٢) قال في التحفة ، ٣ : ١٤٨ - ١٤٩ : « وأما الثاني (أى القتل شبه العمد) فهو القتل بآلة لم توضع له ، ولم يحصل به الموت غالبا ، مثل السوط الصغير والعصا الصغيرة ، فإنه يوجب المال دون القصاص بالإجماع .

فأما القتل بالعصا الكبيرة وبكل آلة يحصل بها الموت غالبا لكنها لا تجرح : فعند أى حنيفة هو شبه العمد لا يوجب القود . وعندهما يوجب القود - وهو قول الشافعى .

وعلى هذا إذا ضرب بالسوط الصغير ووالى في الضربات حتى مات : لا يجب القود عند أى حنيفة . وعندهم يجب . والمسألة معروفة .

(٣) في الأصل : « بالموالاة » . وفي المعجم الوسيط : والى بين الأمرين موالاة وولاء تابع .

وعلى هذا التقدير كان القتل بصفة العمدية ، فاحتمل أنه عمد ، واحتمل أنه ليس بعمد ، فتمكن الخلل في العمدية ، فتمكنت الشبهة ، فلا يجب القصاص ، لقوله عليه السلام : « ادعوا الحدود بالشبهات » (١) .

فإن قيل : قولكم بأنه تمكن الخلل في عمدية هذا القتل - قلنا : لم قلتم بأن شرط وجوب القصاص القتل الذي تمحض عمدا ، بل القتل الذي ثبت فيه أصل العمدية يصلح أن يكون سببا للقصاص بدليل النصوص والمقول :

أما النصوص - [ف] قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ﴾ (٢) وقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتل ﴾ (٣) إلى غيرها .
وأما المقول (٤) - وهو أن مبنى القصاص على الحياة بطريق الزجر والجبر ، وإنه موجود هنا .

ولئن سلمنا أن العمد بصفة الكمال شرط ، لكن الشرط اقتران العمدية بما هو قتل غالبا أو بما هو قتل محتملا : الأول - مسلم ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد . والثاني - ممنوع . بيانه : أن حصول القتل بالضربة والضربتين أمر نادر والموالة (٥) في الضرب قتل غالبا ، فيشترط وجود العمدية في هذه الحالة ، وإنه موجود هنا ، فقد وجد اقتران العمدية بما هو قتل غالبا إن لم يقترب بما هو قتل نادر ، وذلك يكفي لوجوب

(١) انظر بلوغ المرام ، رقم ١٠٤٤ ص ١٩١ وفيه روايات أخرى . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٤١ ص ١٢٨٧ - ١٢٨٨ .

(٢) الإسراء : ٣٣ - ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل إنه كان منصورا ﴾ .

(٣) البقرة : ١٧٨ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ... ﴾ .

(٤) في الأصل كذا : « وأما المقول » .

(٥) في الأصل كذا : « والموالة » راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٤٧٦ .

القصاص ، بدليل أن من قطع يد إنسان ثم حرز^(١) رقبته عمدا ، يجب عليه القصاص .

ولئن كان ما ذكرتم موجودا ، ولئن سلمنا أن اقتران / العمدية بالضربات كلها شرط ، لكن لم قلتم بأنه لم يوجد ؟ .

قوله : لأن الضربة والضربتين يستعملان للتأديب لا للقتل - قلنا : نعم ، إذا اقتصر عليهما ، أما^(٢) إذا وإلى فلا ، والكلام فيما إذا أخذ في الضربات وإلى فيها حتى مات ، فكان قصد القتل موجودا من الأولى ، فيجب القصاص .
الجواب :

قوله : لم قلتم بأن شرط وجوب القصاص القتل الذي تمحض عمدا ؟ - قلنا : لأن القصاص من أعلى العقوبات في الدنيا ، فلا يستحق إلا بجناية محضة ، ولا تتمحض إلا بوصف العمدية .

وأما ما ذكره [من] النصوص - [ف] عمومات خص منها القتل الخطأ ، وقتل الصبي والمجنون وغير ذلك ، فيخص المتنازع فيه ، بما ذكرنا .

قوله : مبنى القصاص على الزجر والجبر - قلنا : بلى ، ولكن كل واحد منهما يقف على العمدية .

قوله : الشرط اقتران العمدية بما هو قتل غالبا ، أو بما هو قتل محتمل^(٣) - قلنا : بما هو قتل غالبا أو قطعاً ولم يوجد ، لأن القتل قطعاً أو غالبا إنما يحصل بجملة من الضربات لا بضربة أو ضربتين ، وقد شككنا في وجود العمدية عند ذلك الجملة ، فلا تثبت العمدية بالشك ، بخلاف ما إذا قطع يده ثم حرز^(٤) رقبته ، لأن حرز الرقبة قتل

(١) في الأصل كذا : « حرز » وحزره صانه . وحزره حَزًا قطعاه ولم يفصله وحزره أكثر فيه الحَزَ واحتزته حزه ويقال احتز السياف رأسه قطعاه - المعجم الوسيط وسيأتى فيما بعد قوله « حرز » .

(٢) في الأصل : « أم » .

(٣) في الأصل : « محتملا » .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش ١ .

قطعا ، وقد اقترنت به العمدية قطعا من غير احتمال .
وبه خرج الجواب عن بقية السؤال ، لأنه وإن والى في الضربات ، لا يتبين أنه قصد
القتل من الابتداء ، لاحتمال أنه قصد التأديب عند كل عدد ثم حدث له القصد إلى
القتل بعد^(١) ذلك .

١٩١ - مسألة : من له القصاص في الطرف إذا استوفى / الطرف وسرى إلى ١/١٧٢
النفس ومات - يضمن دية النفس . وعندهم : لا يضمن^(٢) .

والوجه فيه - أنه قتل آدميا معصوما مضمونا بضمان معلوم ، فيجب عليه ضمانه ،
قياسا على ما إذا قتله ابتداء خطأ .

وإنما قلنا إنه قتل - وذلك لأن القتل اسم لفعل يلزمه فوات الحياة عادة ، والكلام
في القطع السارى الذى لم يتصل به البرء حتى تزايد^(٣) وأفضى إلى زهوق الروح وإنه
قتل - بدليل أنه لو وجد هذا الفعل ابتداء ، كان موجبا للقصاص .

وإنما قلنا : إنه معصوم ، لأن سبب العصمة قائم ، ودليلها قائم^(٤) ، وهو الدار
والإسلام . فلو سقطت العصمة إنما تسقط بجنايته ، وجناته مقتضية لقطع اليد ، لا
القتل ، فيكون معصوما في حق القتل .

وإنما قلنا إنه مضمون - لأن المعنى من ذلك أن له ضمانا معلوما ، وهو الدية إذا امتنع
القصاص .

(١) في الأصل : « بعد » .

(٢) وكذا في التحفة ، ٣ : ١٤٧

(٣) في الأصل الكلمة غير واضحة . وفي الهامش كلمة كأنها « سال » ولم يوضح مكانها في
المتن .

(٤) « ودليلها قائم » وردت في الهامش . ومعها كلمة ونصف غير ظاهرة . ولعل هذه العبارة
بعد كلمة « والإسلام » .

فإن قيل : قولكم^(١) بأنه قتل آدميا - قلنا : لا نسلم بأنه قتل .

قوله : بأن القتل اسم لفعل يلزمه فوات الحياة عادة - قلنا : لا نسلم أن فوات الحياة ملازم^(٢) لهذا الفعل عادة . وهذا لأنه محتمل : يحتمل أن فوات الحياة حصل لداء في باطنه ، أو نشيء آخر نفق^(٣) عند القطع ، فلا يلزمه فوات الحياة عادة ، بخلاف جز الرقبة ، فإنه يلزمه فوات النفس والحياة عادة . ولهذا شرع قطع اليد حدا في باب السرقة ، ولو كان فوات الحياة ملازما له عادة أو غالبا ، لما شرع حدا .

ولئن سلمنا أنه قتل ، ولكنه قتل بطريق السراية^(٤) لا بطريق البداية ، وإنما يجعل قتلا موجبا للضمان إذا كانت السراية مضافة إلى البداية ، وإنما تكون مضافة إذا كانت موافقة للبداية . أما إذا كانت مخالفة فلا - / ألا ترى أن من حفر بئرا على قارعة الطريق ، فوقع فيها إنسان ومات ، يضاف إليه ، حتى يضمن . ولو حفر في دار نفسه فتعدى إلى أرض جاره أو أوقد^(٥) نارا في داره فتعدى إلى دار جاره لا يضمن ، لأنه مخالفة للبداية - كذا هذا ، لأن ابتداءه^(٦) مباح ، لأنه حقه فلا يضمن - دل عليه أن الإمام إذا قطع يد السارق ، أو المأمور إذا قطع [يدا لأحد]^(٧) فسرى ومات لا يضمنان . وكذا الفصاد والبنزاع والحجام ، لما قلنا^(٨) - كذا هذا .

(١) « قولكم » وردت في الهامش دون إشارة إلى موضعها .

(٢) في الأصل : « يلزم » - انظر العبارة التالية .

(٣) نفقت الدابة نفوقا ماتت ونفق المجرح تَقَشَّر - المعجم الوسيط .

(٤) سرى المجرح إلى النفس دام ألمه حتى حدث منه الموت - المعجم الوسيط .

(٥) في الأصل كذا : « أو أقد » فالواو في « أوقد » ساقطة . وسيأتى في الجواب : « إيقاد النار » .

(٦) في الأصل كذا : « ابتدأه » .

(٧) في الأصل تبدو : « إذا قطع يد الأمر » . وفي التحفة ، ٣ : ١٤٧ : « والمأمور بقطع اليد ... » انظر فيما يلي الهامش ٢ ص ٤٨٢ .

(٨) انظر : التحفة ، ٢ : ٥٢٣ و ٣ : ١٤٧ .

قوله : لو وجد هذا الفعل ابتداء ، كان موجبا للقصاص - قلنا : الشرع ألحق غير القتل بالقتل في موضع الظلم ، سدا لباب العدوان ، فلا يدل على الإلحاق ههنا .
ولئن سلمنا أنه قتل ، ولكن لم قلتم بأنه قتل معصوما ، وبطلانه ظاهر ؟ لأن العصمة حرمة التعرض ، ولم تثبت هنا ، لأن القطع مطلق فيه ، وعين هذا (١) القطع قتل (٢) ، والسراية ليست في وسعه ، فلا يكون معصوما .

ولئن سلمنا بأنه قتل معصوما ، لم يجب الضمان .

وأما القياس على القتل الخطأ - قلنا : وجوب الضمان ثمة ثبت على خلاف القياس ، لانتفاء المماثلة ، فلا يتعدى إلى موضع النزاع .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن هذا الفعل يلازمه فوات الحياة ؟ قلنا : لأن الكلام في قطع لم يتصل به البرء وأفضى إلى خروج كل الدم وفوات الحياة .

قوله : محتمل - قلنا : ذلك احتمال موهوم ، لا أمانة عليه - دل عليه : أن هذا الاحتمال قائم في قتل النفس ، ومع هذا لم يعتبر ، والقطع وإن كان مشروعا في باب السرقة ، ولكن هذا لا ينفي كون الموت ملازما للقطع في البنية التي لا تحتل ألمه .

قوله : قتل بطريق السراية لا بطريق / البداية - قلنا : هذا الفعل قتل من الابتداء ، ١٧٣ / لأن القتل فعل يؤثر في فوات الحياة عادة ، والفعل إنما يعرف بأثره ، فما لم يوجد تمام الأثر لا يعرف كونه قتلا أو كسرا ، وزمان الأثر قد يمتد .

قوله : هذه مخالفة للبداية - قلنا : إذا كان قتلا من الابتداء كانت العاقبة موافقة للبداية . بخلاف سقى (٣) الأرض ، وإيقاد النار في داره ، لأن ابتداءه مصادف للملكه .

وأما الإمام والمأمور (٤) والفصاد والبراغ - قلنا : فعل هؤلاء وقع قتلا من الابتداء

(١ - ٢) في الأصل كذا : « هذا القطع قبل » وقد تنطق « هنا القطع قبل » .

(٣) الذي تقدم : « حفر » .

(٤) في الأصل هنا : « والمأمور » وقد سبقت « والمأمور » .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٣١)

أيضا ، إلا أنهم لا يضمنون لأن النفس ليست بمعصومة في حق هذا القتل ، أما هنا بخلافه .

قوله : لم قلت بأنه معصوم - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : العصمة عبارة عن حرمة التعرض - قلنا : ليس كذلك ، فإن حرمة التعرض أثر العصمة ، ويجوز أن يكون المحل معصوما ولا يحرم تعرضه كمال الغير عند المخمصة ، بل العصمة معنى شرعى في المحل يقتضى كونه محرم التعرض ويقتضى وجوب الضمان بمقابلته ، إلا أنه قد تمتنع هذه الأحكام لما نعت . إلا أن العصمة لها أثران^(١) : أحدهما - حرمة الفعل ، وكونه بحال لو فعله يعاقب . والثاني - إيجاب الضمان بمقابلته إعداما للضرر ، وههنا دل الدليل على انتفاء الأثر الأول تمكينا له من استيفاء القصاص فيبقى الأثر الثاني ، بخلاف الإمام والمأمور^(٢) ، لأن الفعل واجب عليهما ، فلا يتقيد بالضمان ، والقصاص هنا ليس بواجب ، بل العفو مندوب ، فيجب الضمان .

قوله : وجوب الضمان في فعل الخطأ ثبت على خلاف القياس - قلنا : بلى ، ولكنه دافع للضرر به بوجه / من الوجوه ، فوجب أن يجب ههنا أيضا دفعا للضرر بقدر الإمكان ٢/١٧١ .

١٩٢ - مسألة : من له القصاص في النفس إذا قطع طرف من عليه القصاص ، وبرأ ، ثم عفا عن النفس ، يضمن أرش اليد . وعندهم : لا يضمن^(٣) .
والوجه فيه - أنه قطع طرفا معصوما مضمونا بضمان معلوم ، فيجب عليه ، قياسا

(١) كذا تبدل وتكلم فيما يلى على : « الأثر الأول » و « الأثر الثانى » .

(٢) فى الأصل : « والمأموم » راجع فيما تقدم ص ٤٨٠ و ٤٨١ والهامش ٤ من ص ٤٨١ قال فى التحفة ، ٣ : ١٤٧ : « وأجمعوا أن الإمام إذا قطع يد السارق أو البراغ أو الختان والفصاد والمأمور بقطع اليد : إذا سرى فعلهم ، لا يجب عليهم شئ وهى تعرف فى الخلافات » .

(٣) وكذا فى التحفة ، ٣ : ١٤٧ .

على ما إذا قطعه ابتداء خطأ ، وبيان الأوصاف ما ذكرنا في المسألة المتقدمة ، فلو سقطت العصمة إنما تسقط بجنائته وجنائته القتل ، فيوجب سقوط عصمته في حق القصاص ، فيبقى معصوما في حق القطع . وبيان التأثير ما مر في المسألة المتقدمة .
فإن قيل : لا نسلم بأن الطرف معصوم في حق القطع .

قوله : بأن جنائته أوجبت سقوط العصمة في حق القتل - قلنا : بلى ، ولكن لم قلتم بأن سقوط العصمة في حق القتل لا يكون سقوط العصمة في حق القطع ، وهذا لأن القتل ليس إلا إتلاف النفس ، فإذا صار القتل حقا له صارت النفس في حق الإتلاف حقا له ، والنفس ليست إلا جملة هذه الأجزاء ، فتصير الجملة حقا له ، فلا يكون معصوما في حق قطع الطرف .

والدليل على أن سقوط العصمة في النفس يوجب سقوطها في الطرف ، أننا أجمعنا على أن الشهود إذا شهدوا على رجل بالقصاص في النفس ، فقطع من له القصاص طرفه ، ثم رجع الشهود ، ضمنوا ، والشهود إنما يضمنون ما تلف بشهادتهم ، فلو أن الشهادة على النفس توجب تلف الطرف ، لما ضمنوا .

والدليل عليه أن من له القصاص في الطرف إذا / استوفى الأصابع ثم عفا ، لا ١/١٧٤ يضمن أرش الأصابع ، والأصابع من الطرف بمنزلة الطرف من النفس - دل عليه أنه لو قطع ثم قتل قبل البرء لا يضمن . وكذا لو قطع وما عفا وما سرى وما برأ لا يضمن .
الجواب :

قوله : لم قلتم بأن سقوط العصمة في حق القتل لا يكون سقوطا في حق القطع - قلنا : لأن القتل غير القطع وحله غير محله ، فسقوطه لا يوجب سقوطه .

قوله : القتل إتلاف النفس ، فإذا صار القتل حقا له ، صار محل القتل حقا له ، وهى النفس بأجزائها - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - لا نسلم بأن كون القصاص حقا له يقتضى كون النفس حقا له ، لأن القصاص فعل ضرورى .

والثاني - إن كان النفس حقاً له ، لكن في حق فعل خاص ، وهو القتل ، لا في حق فعل آخر .

وأما مسألة الشهود - فهو غلى هذا الخلاف .

وأما مسألة الأصابع - قلنا : هو يستحق الكف والأصابع في الأصل ، لأن الإلتلاف ورد غلى الكل مقصوداً ، لأن الأصابع أصل لآلة البطش لا تبع - أما ههنا بخلافه .

وأما إذا قطع ثم قتله قبل البرء ، إنما لا يضمن لأن الطرف ضار مستحقاً في حق القتل ، وهذا الفعل وقع قتلاً أو هو من جملة القتل ههنا .

وأما إذا قطع وما عفا وما برأ وما سرى ، لم يتبين أنه بغير حق ، لأن ذلك إنما يتبين بالبرء (١) .

١٩٣ - مسألة : المشجوج (٢) رأسه أو المقطوعة يده إذا عفا عن الشجة (٣) والقطع ثم سرى إلى النفس ومات يضمن الشاج والقاطع دية النفس . وقالوا : لا يضمن (٤) .

والوجه فيه - أن هذا قتل آدمى معصوم مضمون بضمان معلوم ، ولم يوجد العفو ٢/١٧٤ عنه / فيوجب الضمان ، قياساً على ما إذا انعدم العفو أصلاً وكان القتل خطأ .
وبيان وجود القتل والعصمة والمضمونية وبيان التأثير ما مر في مسألة سراية القود (٥) .

(١) في الأصل : « بالبر » .

(٢ - ٣) شَجَّه شَجًّا شق جلد رأسه أو وجهه . ويقال شج رأسه وشجّه في رأسه أو وجهه . والشجة الجراحة في الرأس أو الوجه أو الجبين - المعجم الوسيط .

(٤) وكذا في التحفة ، ٣ : ١٤٧ - ١٤٨ .

(٥) القود القصاص - المعجم الوسيط .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد العفو - لأنه لم ينص على العفو عن القتل ، بل عفا عن القطع أو عن الشجة^(١) ، والقتل غير والشجة غير ، والعفو عن فعل معين لا يكون عفوا عن غيره . وإذا انعدم العفو عن القتل يجب الدية .

فإن قيل : قولكم بأنه قتل - قلنا : (٢) الشجة والقطع قتل ابتداء أم بطريق السراية ؟ الأول - ممنوع ، ولا يمكن دعواه ، لأن الشجة لا تكون قتلا . والثاني - مسلم ، ولكن السراية مخالفة للبداية ، لأن البداية وقعت هدرا لمكان العفو ، فلا يضاف إليها - على ما مر .

ولئن سلمنا أن هذا الفعل قتل ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد العفو عنه ؟ .

قوله : بأن العفو وجد عن القطع أو الشجة - قلنا : بلى ، ولكن هذه الشجة بعينها هي القتل ، لأنها سارية ، والقتل ليس إلا الجرح السارى ، فكان العفو عنه عفوا عن القتل ، فصار كما إذا قال « عفوتك عن الجناية » ثم سرى ومات ، لا يجب الضمان - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه ليس بعفو عن القتل ، ولكنه عفو عن سبب القتل ، وهو القطع ، فيكون عفوا عن سببه ، فيكون عفوا عن حكمه ، وهو الدية .

الجواب :

قوله : القطع قتل ابتداء أم بواسطة إضافة السرى إليه ؟ قلنا : القطع قتل من حيث إنه إفضى إلى فوات الحياة ، وبيان الكلام ما مر في مسألة سراية القود^(٣) . وتماه في مسألة شراء الأب ناويا عن الكفارة^(٤) .

(١) في الأصل هنا نقطة كذا : « ⑤ » .

(٢) في الأصل كانت : قلنا : لا نسلم - الشجة .. « ثم شطبت كلمة « لا نسلم » .

(٣) راجع فيما تقدم المسألة ١٩١ ص ٤٧٩ وما بعدها .

(٤) راجع فيما تقدم المسألة ٧٧ ص ١٩٥ وما بعدها .

قوله : لم قلتُ بأنه لم يوجد العفو عن القتل - قلنا : لما مر : أنه لم ينص على العفو .

قوله : عفا عن القطع ، / والقطع عنه قتل هنا - قلنا : لا نسلم ، بل هو غيره إلا
أنهما قد يتجاوزان ، فلا يكون العفو عن أحدهما عفواً عن الآخر ، بخلاف ما إذا قال
عفوتك عن الجناية ، لأن الجناية أمر عام يتناول القتل والقطع ، فكان عفواً عن القتل .

قوله : القطع سبب القتل - قلنا : لا نسلم .

ولئن سلمنا ، ولكن العفو عن القطع إنما يكون عفواً عن القتل أن لو صح العفو عن
القطع ، ولم يصح ، لأن العفو عن القطع عفو عن موجب ، لأن إسقاط القطع محال ،
فإذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً . إنما الثابت موجب
القتل ، وهو كمال الدية ، فكأنه عفا عن أرش اليد ، والواجب دية النفس ، فلا يصح
العفو عن القطع ، فلا يكون عفواً عن القتل .

والله أعلم .

١٩٤ - مسألة : القصاص إذا كان بين صغير وكبير يتفرد^(١) الكبير بالاستيفاء .

وعندهم لا يتفرد .

والوجه فيه - أن ملك القصاص ثابت للكبير على سبيل الكمال ، فوجب أن يتفرد
بالاستيفاء ، قياساً على القصاص بين الكبيرين .

وإنما قلنا ذلك - لأن ملك القصاص لا يتجزأ ، وقد وجد سبب ثبوته لكل واحد
منهما على الكمال .

وإنما قلنا : إن ملك القصاص لا يتجزأ - لأن ملك القصاص معني يقتضى إطلاق
استيفاء القتل ، والقتل لا يتجزأ ، فملك القصاص لا يتجزأ ، ضرورة .

(١) تفرد بالأمر انفرد وانفرد بالأمر استبد ولم يشرك معه أحداً - المعجم الوسيط .

وإنما قلنا : إنه وجد سبب ثبوته لكل واحد منهما على سبيل الكمال - لأن البنوة سبب لثبوت ملك القصاص على سبيل الكمال ، بدليل أنه سبب عند الانفراد .

وإنما قلنا : إنه ثبت ملك القصاص للكبير ، فإننا / أجمعنا على أنه يملك العفو والاعتياض ، وذلك يتنى على الملك ، فكان (١) الملك ثابتا للكبير على سبيل الكمال ، فينفرد الكبير بالاستيفاء .

فإن قيل : قولكم بأن ملك القصاص لا يتجزأ (٢) - قلنا : استيفاء أم استحقاقا ؟ م ع - وهذا لأن استيفاءه إن كان لا يتجزأ ، ولكن استحقاقه يتجزأ ، لأن له آثارا متجزئة ، وهى الإرث وانقلابه مالا وغير ذلك .

ولئن سلمنا أن ملك القصاص لا يتجزأ ، ولكن لم قلتم بأنه وجد سبب ثبوته لكل واحد منهما على سبيل الكمال ؟ .

قوله : البنوة سبب لثبوته على الكمال - قلنا : حالة الانفراد أم حالة الاجتماع ؟ م ع . بيانه - أن البنوة جاز أن تكون سببا لاستحقاق الكل حالة الانفراد ، ولا تكون سببا حالة الاجتماع ، كما فى الإرث ، فإن الابن الواحد المنفرد يستحق كل الميراث ، وإن كان معه ابن آخر يستحق النصف - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه وجد سبب الثبوت لكل واحد على الكمال ، ولكن لم قلتم بأنه أمكن إثباته ؟ . وبيان أنه لا يمكن - أنه متى ثبت لأحدهما على الكمال ، إما أن يثبت للآخر عين ما ثبت للأول أو غيره ، لا وجه للأول - لأنه لا يتصور ، لاستحالة أن يستوفى هذا على الكمال وذا على الكمال . ولا وجه للثانى - لأنه غير متعدد .

ولئن سلمنا أنه أمكن إثبات الكل لكل واحد ، ولكن أمكن أيضا أن يثبت الكل

(١) قد تكون فى الأصل : « وكان » .

(٢) فى الأصل : « لا يتجزى » . وكذا فيما يلى : « يتجزى » . وفى المعجم الوسيط : جَزَّاه قسمه أجزاءً وتَجَزَّاه به اجترأ .

للكل ، ويجعل الكل كشخص واحد ، فلم كان ما قلتم أولى مما قلنا ؟ وصار كالقصاص بين الحاضر والغائب ؟ .

الجواب :

قوله : ملك القصاص لا يتجزأ استيفاء أم استحقاقا ؟ - قلنا : استحقاقا واستيفاء ، لأن ملك القصاص / وصف في المحل يظهر في إطلاق الفعل ، وذلك لا يتجزأ . ١/١٧٦

قوله : لم قلتم بأنه [وجد] ^(١) السبب - قلنا : لأن السبب هو البنية .

قوله : ليس بسبب حالة الاجتماع - قلنا : إذا كان ذات ^(٢) البنية سببا ، فذاك لا تتفاوت بين الاجتماع والانفراد . إلا أن في باب الإرث : المستحق متجزئ في نفسه ^(٣) ، فأثبتنا النصف لهذا والنصف لذا - أما ههنا [ف] لا يمكن العمل بالسبب إلا بالطريق الذي قلنا .

قوله : لم قلتم بأنه أمكن إثباته لكل واحد على الكمال - قلنا : لأنه يمكن ذلك ، بأن يجعل استحقاق أحدهما عدما في حق الآخر شرعا ، وبهذا بطل ما ذكرتم من التقسيم ، لأن استحقاق أحدهما لم يظهر في حق الآخر .

قوله : كما أمكن إثبات الكل لكل واحد ، أمكن إثبات الكل للكل ويجعل الكل كشخص ^(٤) واحد - قلنا : بلى ، ولكن ما قلنا أولى ، لأنه أقل تغيرا ومخالفة للحقيقة ، لأن ما قلناه جعل كل واحد منهما عدما في حق تصرف الآخر ، وفيما قلتم

(١) في الأصل الكلمة غير واضحة ، فهي كذا : « ولأن » .

(٢) في الأصل كذا : « داب » دون نقط .

(٣) العبارة في الأصل غير واضحة تماما .

(٤) في الأصل تبدو كذلك وقد تكون « لشخص » .

جعلهما شخصا واحدا وتعطيل أحد السبيين^(١) ، فكان ما قلناه أول . وأما القصاص بين الحاضر والغائب - قلنا : احتمال العفو من الغائب ثابت وعلى تقدير العفو لا يتمكن الآخر من الاستيفاء - أما هنا ، [ف] احتمال العفو من الصغير ليس بثابت فافترقا .

١٩٥ - مسألة : القتل بالثقل دقا لا يوجب القصاص . وقالوا : يوجب .

والقتل بالثقل جرحا : عن أبي حنيفة روايتان . والأصح أنه يوجب .

والقتل بالحديد دقا : عن أبي حنيفة روايتان . والأصح أنه لا يوجب .

والوجه فيه - أن القصاص لو وجب لا يخلو : إما أن يستوفى دقا ، أو يستوفى

حزا^(٢) . لا وجه للأول ، لقوله عليه السلام : « لا قود إلا بالسيف »^(٣) - نفى القصاص بدون السيف . ولا وجه للثاني ، لأنه عدول عن المماثلة ، لأن الأول لم يجرح والثاني يجرح ، والمماثلة شرط لقوله تعالى : ﴿ جزاء سيئة سيئة مثلها ﴾^(٤) إلى غيرها من النصوص . وإذا انتفى الأمران ، لا يجب القصاص .

فإن قيل : لم قلتم بأنه لا يستوفى القصاص دقا ؟

وأما الحديث - قلنا : الباء^(٥) كما تستعمل للآلة تستعمل للسببية ، فيحتمل أن

(١) « السبين » غير واضحة تماما في الأصل .

(٢) انظر فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٧٨ .

(٣) قال في سبل السلام ، ٣ ، في رقم ١٠٩١ ص ١١٩٢ : « .. واحتجوا بما أخرجه البزار وابن عدى من حديث أبي بكره عنه عليه السلام أنه قال : « لا قود إلا بالسيف » إلا أنه ضعيف - قال ابن عدى طرقه كلها ضعيفة ... » .

(٤) الشورى : ٤٠ - ﴿ جزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين ﴾ .

(٥) في المعجم الوسيط ، الباء من معانيه الاستعانة ، مثل كتبت بالقلم . والسببية مثل أخذ بذنبه . والظرفية نحو : ﴿ لقد نصرمك الله بيدر ﴾ . والإلصاق ونحوه مثل : مسكت بالقلم وأخذت برأيتك . والقسم مثل أقسم بالله . وتكون للتعدية مثل : ذهب به .

يكون معناه : لا قصاصٌ إلا بسبب القتل بالسيف .

ولئن سلمنا أنه لا يستوفى دقا - لم قلتم بأنه لا يستوفى جرحا ؟ .

قوله : بأن ذلك عدول عن المماثلة المشروطة بالنصوص - قلنا : لا نسلم بأن النصوص تقتضى اشتراط المماثلة ، وهذا لأن المماثلة هى المشاركة فى جميع الأوصاف ، وذلك يبنى^(١) على المماثلة بين المحليين ، وإنه غير متصور بين الفعل الأول والثانى ، فيحتمل على المشاركة فى بعض الأوصاف ، وقد وجد .

ولئن سلمنا أن هذه النصوص تقتضى اشتراط المماثلة ، لكن فى وصف السيئة والاعتداء ، لا فى أوصاف آخر . وهذا الفعل سيئة من حيث هو قتل ، لا من حيث هو دق وكسر ، والفعل يماثله من حيث القتل - دل عليه أنه لا يعتبر المماثلة فى عدد الجراحات وطول الجراحة وعرضها وبعدها وغورها وكونها بالسكين أو السيف أو المحدد من الخشب أو الحجر المحدد أو النار ، بل يجب القصاص فى الكل ، مع ما ذكرتم .
ولئن سلمنا أن المماثلة معتبرة ، ولكن فى موضع لا يؤدى إلى فتح باب الظلم ، وههنا يؤدى إلى فتح باب الظلم والعدوان .

ثم التعليل معارض بما روى عن أنس بن مالك : أن جارية وجد رأسها مرضوخا^(٢) بين حجرين / فقيل : من فعل هذا بك ؟ فلان ، فلان ، حتى ذكر يهودى فأومت^(٣) برأسها ، فأخذ اليهودى ، فاعترف ، فأمر رسول الله ﷺ أن يرض^(٤) رأسه بين

١/١٧٧

(١) فى الأصل كذا : « سى » دون أى نقط .

(٢) رَضَخَ به الأرض رَضَخًا ضرب بها - المعجم الوجيز والوسيط .

(٣) ومأ إليه يَمَأَ وَمَمَأَ أشار فهو وامى وهى وامئة - أومأ إليه أشار - المعجم الوسيط . وفى بلوغ المرام « فأومأت » .

(٤) رَضَهُ رَضًا دقه جريشا أو كسره فهو مرضوض ورضيض - المعجم الوسيط .

حجرين . (١) وفي رواية « أن يهوديا قتل جارية على أوضاع (٢) فأقاده رسول الله ﷺ بها » - أخرجه النسائي ومسلم في صحيحه .

الجواب :

قوله : الباء تستعمل للسببية أيضا - قلنا : حمله على السببية يحتاج إلى إدراج لفظ القتل ، وحمله على الآلة لا يحتاج ، فكان حمله على الآلة أولى .

قوله : المماثلة غير ممكن في جميع الأوصاف - قلنا : المماثلة من جميع الوجوه ممكن أم غير ممكن ؟ إن قال : ممكن ، يجب رعايتها ، عملا بالنصوص . وإن قال : غير ممكن ، كان المراد من النصوص المماثلة فيما يمكن ، لأن الشرع لا يكلف نفساً إلا وسعها .

قوله : بأن هذه النصوص تقتضي اشتراط المماثلة في وصف السيئة لا في أوصاف آخر - قلنا : بلى ، ولكن هذا الفعل سيئة من حيث إنه دق وكسر وإيلام ، فيشترط المماثلة فيما يمكن ، أما فيما لا يمكن فلا .

قوله : يؤدي إلى فتح باب الظلم وسد باب القصاص - قلنا : يسمى كذلك ، لأن القتل بهذه الآلة لا يغلب وجوده .

وأما الحديث - قالوا : المراد منه السبابة (٣) إذ (٤) كان اليهودي ساعيا في الأرض بالفساد وكان يعتاد ذلك (٥) .

(١) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٩٩٦ ص ١٨٠ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩١ ص ١١٩٠ .

(٢) الأوضح حلّى من الدراهم الصحاح - مختار الصحاح .

(٣) سبى عدوه سبياً وسبأ أسره - المعجم الوسيط . ويعد أن تكون « السياسة » .

(٤) في الأصل : « أو » راجع فيما يلي الهامش التالي .

(٥) قال في سبل السلام ، ٣ : في رقم ١٠٩١ ، ص ١١٩١ : « وجواب الحنفية عن حديث أنس بأنه حصل في الرض الجرح أو بأن اليهودي كان عادته قتل الصبيان فهو من الساعين في الأرض فسادا ... » .

١٩٦ — مسألة: شهود القصاص إذا رجعوا بعد الاستيفاء أو جاء المشهود بقتله حيا والشهود أقرروا بالتعمد - لا يجب عليهم القتل^(١) .

والوجه فيه - أن قتل الشهود لا يساوى الجناية الموجودة منهم ، فلا يستحق عليهم .

٢/١٧٧ وإنما قلنا ذلك - لأن فوات الحياة في حق الشهود / يتعلق بحز^(٢) الرقة ، بطريق العلة والإيجاب ، ولا يتوقف على اختيار أحد . وفوات الحياة في حق المشهود عليه يتعلق بوسائط وأفعال اختيارية : منها - حصول غلبة الظن للقاضي بصدقهم . ومنها - قضاء القاضي . ومنها - اختيار الولي القصاص دون الدية . ومنها - مباشرة حقيقة القتل . ولا يخفى على أحد أن الأول في كونه جناية أقوى ، فلا يجب ، لأنه خالف النصوص المقتضية للمماثلة .

فإن قيل : ما ذكرتم^(٣) إن دل على عدم وجوب القصاص ، ولكن ههنا دليل يدل على وجوب القصاص ، وذلك لأن الموجود من الشهود قتل تسبباً ، وإن لم يكن مباشرة ، لأن فعلهم يفضى إلى زهوق الروح ، بواسطة تغلب وجودها ، لأنه يجب على القاضي القضاء ، وذلك بحمل الولي على الاستيفاء ، فيصير^(٤) الشاهد قاتلاً ، كالمكره ، بل أولى ، لأن إقدام المكره حرام ، وقضاء القاضي واجب ، فيكون الملازمة ههنا أكثر ، فيكون قتلاً معنى وتسبباً . ولهذا تجب الدية عليهم ، والدية حكم القتل ، فيجب القصاص بالنصوص المقتضية للقصاص .

ولئن سلمنا أن الموجود منه ليس بقتل ، لكن لم قلتم بأنه لا يجب القصاص ؟

أما النصوص المقتضية للمماثلة ، فالاعتراض عليها ما مر في المسألة المتقدمة .

(١) وكذا في النحفة ، ٣ : ١٥٠ .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٧٨ و ٢ ص ٤٨٩ .

(٣) في الأصل كذا : « ما ذكر ثم » ولعلها : « ما ذكرتم » .

(٤) في الأصل كذا : « فيصير » .

ولكن القول بعدم وجوب القصاص سد لباب القصاص وفتح باب الظلم والعدوان .
ولأنهم أسقطوا عصمة المشهود عليه ، فوجب أن تسقط عصمتهم تحقيقا للمماثلة .
الجواب :

١٧٨ قوله بأن فعل الشهود قتل معنىً وتسبياً - قلنا عنه جوابان : أحدهما - لا نسلم /
بأنه قتل تسبياً ، لأن القتل تسبياً ما يفضى إلى زهوق الروح غالباً كإلجاء المكره ، وهنا
لا يفضى غالباً ، لأن القاضى غير مضطر فى ذلك ، وكذلك الولى لأن العفو مندوب ،
وووجب الدية لا يختص بالقتل ، بدليل أنه يجب الدية بقطع اليدين أو اللسان أو
المارن^(١) وغيرها . والثالى - إن كان الموجود منه قتلاً تسبياً ، ولكن بمائله القتل بطريق
المباشرة ، على ما ذكرنا .

والجواب عن اعتراضات المماثلة ، ما مر فى المسألة المتقدمة .
قوله : يؤدى إلى فتح باب الظلم - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأنه لا يغلب وجود القتل
بهذا الطريق ، بل هو نادر جداً ، فلا يؤدى إلى ما ذكرتم .
قوله : بأنهم أسقطوا عصمة المشهود عليه - قلنا : فعل الشهود أوجب سقوط
العصمة بالوسائل ، وقتلهم يوجب سقوط عصمتهم من غير واسطة اختيار القاضى .
والله أعلم .

١٩٧ - مسألة : الجمل^(٢) أو الصبى أو المجنون إذا صايل^(٣) على إنسان فقتله
المصول عليه : يضمن . وعنده : لا يضمن .

(١) المارن من الأنف مالان منه - المعجم الوسيط .

(٢) فى الأصل كذا : « الجمل » وعليها علامة كأنها علامة شطب .

(٣) صال عليه صَوْلًا وصولانا سطا عليه ليقهره . وصال الجمل ونحوه عض . وصاوله
مصالوة وصيالاً وصيالة غالبه ونافسه فى الصَوْل - المعجم الوسيط .

والوجه فيه - أنه أُتلف مالا متقومًا معصوما حقا للمالكه ، فيجب عليه الضمان ، قياسا على ما إذا أُتلف قبل الصيال .

وإنما قلنا ذلك - لأن المال هو المحل المعد لإقامة مصلحة الآدمي حقيقة وشرعا ، وقد وجد .

وأما كونه متقومًا معصوما - فلما مر في مسألة إتلاف خمر الذمي (١) . فلو سقطت العصمة إنما تسقط بجنابة المالك ولم توجد ، لأن الكلام فيه والتأثير ما مر في مسألة إتلاف خمر الذمي (٢) .

فإن قيل : قولكم بأنه أُتلف - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن الإتلاف فعل يضاف إليه التلف - فلم قلتم بأن تلف الدابة يضاف إلى فعله . بيانه - أن التلف إنما يضاف / إلى فعله إذا كان باختياره وهو مسلوب الاختيار من جهة غيره ، لأنه مضطر في الدفع ، فكان كالمكره ، فكان كالألة ، فلا يكون متلفا ، فلا يجب عليه الضمان . ٢/١٧٨

ولئن سلمنا أنه أُتلف - ولكن لم قلتم بأنه مال ؟ .

قوله : المال هو المعد لإقامة المصالح - قلنا : بلى ، ولكن لم قلتم بأن الجمل (٣) في هذه الحالة بقى مالا على هذا التفسير ، وهذا لأن الصيال يخرج به الانتفاع به والرغبة فيه ، فلا يكون مالا في هذه الحالة .

ولئن سلمنا أنه مال ، لكن لم قلتم بأنه معصوم ، وظاهر أنه غير معصوم ، لأنه لا يحرم تعرضه في هذه الحالة بالإجماع .

ولئن سلمنا عصمة الصائل ، ولكنها معارضة بمصلحة المصول عليه ولا يجتمعان .

ولئن سلمنا الأوصاف ، لكن لم يجب الضمان ؟ .

(١ - ٢) راجع فيما تقدم المسألة رقم ١١٢ ص ٢٦٩ - ٢٧٠ .

(٣) في الأصل : « الحمل » راجع الهامش ٢ و ٣ ص ٤٩٣ .

قوله : دفعا لضرر المالك - قلنا : إنما يجب الضمان دفعا لضرر الإلتلاف إذا كان بغير رضا المالك . أما إذا كان برضا المالك ، فلا يجب الضمان ، وههنا الإلتلاف برضا المالك ، ولأن الظاهر من حال المسلم أن لا يرضى بهلاك الموصول عليه ، ولأنه مأذون^(١) من جهة الشرع في الإلتلاف لتعيينه مدفعا ، فلا يجب الضمان ، فصار كالحرق إذا صال على إنسان ، والعبد وصيد الحرم ، فإنه لا يجب الضمان في هذه الصور ، لما ذكرنا - كذا هنا .

والله أعلم .

الجواب :

قوله : لم قلت بأن تلف الدابة مضاف إلى فعله ؟ - قلنا : لأنه ملازم لفعله ، فيضاف إليه .

قوله : إنما يضاف إليه إذا كان باختياره ، وهو مسلوب الاختيار - قلنا : هو باختياره ، لأنه قتلها بقصده واختياره ، لقيام الداعي إليه ، وهو صيانة نفسه .

وأما المكره - قلنا : المكره يصلح آلة للمكره حقيقة / أما الموصول عليه ، [ف] لا يصلح آلة للدابة ، في قتل نفسه .

قوله : لم قلت بأن الدابة في هذه الحالة بقيت مالا - قلنا : لأنها صالحة للمصالح والعيال غير مانع لها ، لأنه لا يدوم - دل عليه أنه لو قتله غير الموصول عليه في هذه الحالة يضمن .

وبه خرج الجواب عن سؤال العصمة .

وأما المعارضة بعصمة الموصول - قلنا : نحن عملنا بهما جميعا ، فقلنا برخصة الإلتلاف دفعا للهلاك عن الموصول عليه رعاية لعصمته ، وقلنا : يكون الإلتلاف مقابلاً بالضمان رعاية لعصمة الدابة وحق المالك .

(١) في الأصل كذا : « ما دون » وستأتي بعد ذلك في الجواب .

قوله : الإِتلاف حصل برضا المالك ، فلا يوجب الضمان - قلنا : لا نسلم بأنه وجد رضا المالك بل الظاهر من حال العاقل أن لا يرضى بتلف ماله - غاية ما في الباب أنه مأذون شرعا فيرضى به ، ولكن الشرع أثبت رخصة الإِتلاف بشرط الضمان ، فالمالك يرضى على هذا الوجه .

قوله : بأنه مأذون من جهة الشرع - قلنا : ولكن بشرط الضمان ، رعاية للجانبين^(١) . واعتبارا للعصمتين ، فيجب الضمان ، كتناول مال الغير عند الخمصة : يجوز بشرط الضمان - كذا هذا .

وأما الحر : إذا صال على إنسان ، فقتله الموصول عليه ، إنما لا يضمن ، لأن عصمته سقطت بالصيال ، والصيال جنائية منه . وكذلك العبد : سقطت عصمته .

وأما صيد الحرم : فلأن عصمته إنما تثبت بالشرع لحرمته أو حرمة الحرم . ولكن إنما أثبتنا الشرع موقتا إلى غاية الأذى من جهته ، فلا يبقى معصوما - أما ههنا بخلافه .

١٩٨ - مسألة : المسلم يقتل بالذمى قصاصا ، خلافا له .

والوجه - أن هذا قتل آدمى معصوم على جهة التعمد ، فيكون سببا لوجوب القصاص / قياسا على قتل المسلم بالمسلم .

٢/١٧٩

وإنما قلنا ذلك - لأن دليل العصمة ثابت ، وهو قوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ - إِلَى قَوْلِهِ - حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ ﴾^(٢) : أثبت إباحة القتل ممدودا إلى غاية قبول

(١) هنا في الأصل نقطة هكذا : « ○ » .

(٢) التوبة : ٢٩ - ﴿ قَاتَلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ . وكذا في التحفة ، ٣ : ١٤٥ .

الجزية ، والحكم الممدود إلى غاية تنتهى بوجود تلك الغاية ، فتنتهى الإباحة ، فثبت العصمة ، فتكون سببا لوجوب القصاص ، بالنصوص .

فإن قيل : تعليلكم باطل بالنصوص :

منها - قوله تعالى : ﴿ لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ﴾ ^(١) . ولو قتل المسلم بالذمي ، كالذمي بالمسلم ، ثبت المساواة .

ومنها - قوله تعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ^(٢) وفي إيجاب القصاص إثبات السبيل .

ومنها - قوله عليه السلام : « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده » ^(٣) . قولكم بأنه قتل آدمي معصوم - قلنا : لا نسلم بأن الذمي معصوم .

وأما الآية - قلنا : انتهاء الغاية يوجب انتهاء الحكم الممدود إلى الغاية - فلم قلتم بأن الحكم الممدود إلى غاية قبول الجزية إباحة القتل ، بل الحكم إيجاب القتل ، لأنه أمر بالقتال ، فإذا وجد قبول الجزية ينتهى وجوب القتل ، أما لا تنتهى إباحة القتل .

ثم الدليل على انتفاء العصمة قوله تعالى : ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ ^(٤) إلى غيرها من النصوص .

ولئن سلمنا أن الذمي معصوم ، لكن مثل عصمة المسلم أم دونها ؟ ع م - وهذا

(١) الحشر : ٢٠ - ﴿ لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة أصحاب الجنة هم الفائزون ﴾ .

(٢) النساء : ١٤١ .

(٣) بلوغ المرام ، رقم ٩٩٥ ص ١٨٠ ، وسيل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩٠ ص ١١٨٨ .

(٤) التوبة : ٥ - ﴿ فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذلواهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم إن الله غفور رحيم ﴾ . وفي الأصل : « اقتلوا » .

لأن عصمة المسلم ثابتة بالإسلام ، وعصمة الذمي ثابتة بعقد الذمة ، فكان دونه ، فلا يجب القصاص . لكن القصاص يقتضى المساواة بينهما : أما من حيث العصمة فلما ذكرنا . ومن حيث الشرف والفضيلة أيضا . فصار كالمستأمن ، فأنا أجمعنا على أن المسلم لا يقتل بالمستأمن / وإن (١) كان معصوما ، للتفاوت بين العصمتين - كذلك ههنا .

الجواب :

أما نصوص القرآن - [ف] قوله تعالى : ﴿ لا يستوى ... الآية ﴾ (٢) - قلنا : وجوب القصاص لا يوجب المساواة بينهما ، بدليل أن الله تعالى نفى المساواة بين العالم والجاهل بقوله : ﴿ قل هل يستوى الذين ... الآية ﴾ (٣) ، ومع هذا يقتل العالم بالجاهل ، ولأننا أجمعنا على أن المساواة ثابتة بين المسلم والذمي في قتل الخطأ في حق حكم الدية ، فعلم أن المراد نفى المساواة في حق أحكام الآخرة .

وأما الحديث - قالوا : المراد منه الحرى أو هو عام خص منه البعض - لأننا أجمعنا على أن الذمي إذا قتل الذمي ثم أسلم ، يقتل به ، فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا . على أن هذه النصوص :

معارضة بما روى أن رسول الله ﷺ أقاد مسلماً قتل يهودياً ، وقال : « أنا أحق من وفى بذمته » (٤) .

(١) في الأصل : « وإن وإن » - قال في التحفة ، ٣ : ١٤٥ : « وأجمعوا أن المسلم لا يقتل بالمستأمن وكذلك الذمي » .

(٢) الحشر : ٢٠ .

(٣) الزمر : ٩ - ﴿ .. قل هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون إنما يذكر أولوا الألباب ﴾ .

(٤) بلوغ المرام ، رقم ١٠٠٣ ص ١٨٢ : « وعن عبد الرحمن بن البيهقي رضى الله عنه أن النبي ﷺ قتل مسلماً بمعاقد وقال : « أنا أولى من وفى بذمته » أخرجه عبد الرزاق هكذا مرسلًا ووصله الدارقطني بذكر ابن عمر فيه ، وإسناد الموصول وإياه . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩٩ ص ١٢٠١ - ١٢٠٢ .

ومعارضة بقوله : إذا قبلوا عقد الذمة فلهم ما للمسلمين^(١) وعليهم ما عليهم .

قوله : لم قلت بأن الذمي معصوم - قلنا : لما تلونا من النص .

قوله : لم قلت بأن الحكم المملود إلى غاية قبول الجزية إباحة القتل ، بل وجوب القتل - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أن هذا الأمر يقتضى الإباحة دون الوجوب ، لأن قتل جميع الكفرة غير ممكن .

والثاني - أن قتلهم لم يكن مباحا بل واجبا . فإذا انتهى الوجوب ، لم تثبت الإباحة . على أن الإباحة ثابتة في ضمن الوجوب ، فإذا انتهى الوجوب تنتهى الإباحة ضرورة .

قوله : ههنا دليل العصمة ثابت - قلنا : لا نسلم .

وأما قوله تعالى : ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾^(٢) - قلنا عام خص منه قتل الذمي بالإجماع ، فإنه يحرم قتلهم بالإجماع . /

قوله : عصمة الذمي مثل عصمة المسلم أم دونها ؟ قلنا : مثلها ، لأن سبب ٢/١٨٠ العصمة الدار ، ودليل العصمة التكليف .

قوله : عصمة المسلم ثابتة بالإسلام - قلنا : لا نسلم أن الثابت بالإسلام فوق الثابت بعصمة الذمة .

قوله : القصاص يقتضى التساوى ، ولا مساواة بينهما - قلنا : القصاص يقتضى التساوى بين القتلين في وصف العصمة والحرمة الراجعة إلى الآدمية والحياة ، وفضيلة الإسلام فصل فيما يرجع إلى العصمة ، فصار كشراف العلم والجمال والصلاح والذكورة والعقل والبلوغ ، فإن التفاوت فيها لا يمنع القصاص .

(١) هنا في الأصل نقطة هكذا : « ⑤ »

(٢) التوبة : ٥ - راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٤٩٧ . وفي الأصل : « اقتلوا .. » .

وأما المستأمن - فلأن كفره يبعث على الحراب ، وهو قاصد للحقوق (١) بدار الحرب وتوجيه الشر إلينا - أما ههنا بخلافه .
والله أعلم .

١٩٩ - مسألة : الحر يقتل بالعبد قصاصا . وعنده : لا يقتل (٢) .

والوجه فيه - أن هذا قتل آدمي معصوم على جهة التعمد : فيكون سببا لوجوب القصاص ، قياسا على قتل الحر بالحر .

وبيان الوصف والتأثير ما ذكرنا في المسألة المتقدمة .

فإن قيل : قولكم إن هذا قتل آدمي معصوم - قلنا : هذا قتل آدمي من كل وجه ، أو قتل آدمي من وجه ، مال من وجه (٣) ؟ ع م . وهذا لأن العبد مبتذل [وهو] محل لتصرف الغير ، معرض للبيع والشراء كالبهائم ، فلا يجب القصاص ، لأن القصاص أمر يختص بالآدمي إظهارا لخطره .

ولئن سلمنا أنه آدمي ، ولكن لم قلتم بأنه معصوم أو كان معصوما ، ولكن عصمته تثبت لحق المالك ، فصار كعصمة البهائم ، فلا يوجب القصاص .

١/١٨١ ولئن سلمنا / أنه آدمي معصوم ، ولكن لم قلتم بأنه يجب القصاص ؟ وهذا لأن الداعي إلى إيجاب القصاص الزجر أو الجبر ، وذلك يبتنى على قصد (٤) الأولياء والمعادة وطلب التشفي ، وذلك منتف ههنا - دل عليه أن القصاص لا يتجزأ بين أطراف العبد وأطراف الحر ، بالإجماع .

(١) في الأصل كذا : « الحق » .

(٢) قال في التحفة ، ٣ : ١٤٥ : « ولهذا قلنا : إن الحر يقتل بالعبد خلافا للشافعي . والعبد يقتل بالحر بالإجماع » .

(٣) « من وجه » أضيف في الهامش . وسترده بعد قليل في الجواب .

(٤) كلمة « قصد » غير واضحة القاف في الأصل .

ولئن سلمنا أنه وجد الداعي إلى إيجاب القصاص ، ولكن إنما يجب إذا أمكن ، وإنه لا يمكن استيفاء القصاص لاشتباه الولي ، لكن المولى لا يصلح وليا ، لأن الدم حق العبد لا حق المولى ، فصار كالمكاتب إذا قتله حر عمدا : لا يجب على الحر القصاص بالإجماع ، لما ذكرنا من اشتباه الولي - كذا هذا .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ (١) .

الجواب :

قوله : هذا قتل آدمي من كل وجه أم آدمي من وجه مال من وجه ؟ - قلنا : العبد آدمي من كل وجه ، لوجود خصائص الآدمي وحد الآدمية ، ووصف الملك لا يخل بوصف الآدمية ، وليس من ضرورة كونه آدميا كمال أوصافه ، بدليل أن الطفل آدمي مع نقصان الأوصاف .

قوله : لم قلتم بأنه معصوم ؟ قلنا : لأن دليل العصمة قائم ، وهو ما ذكرنا .
قوله : عصمته ثبتت لحق المالك - قلنا : لا نسلم ، بل ثبتت لحقه ولحق المالك جميعا ، فذاك يؤكد العصمة .

قوله : لم (٢) يجب القصاص ؟ - قلنا : بالنصوص .
وأما ما ذكر من الداعي - قلنا : ذاك حكمة شرع القصاص يراعى وجودها في الجنس دون الأفراد على ما عرف .
وأما فصل الأطراف : قلنا : هذا باطل بالشلاء ، فإن الصحيح لا يقطع بالشلاء ، ومع هذا يقتل نفسه بنفسه ..

(١) البقرة : ١٧٨ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ... ﴾ .
(٢) كذا في الأصل : « لم » .

٢/١٨١ على أنا نقول : طرف العبد / مال من كل وجه ، بخلاف طرف الحر .

قوله : لا يمكن استيفاء القصاص لاشتفاء^(١) الولي - قلنا : المولى وليه ، بدليل أنه يملك إنكاحه . وقال عليه السلام : « لا نكاح إلا بولي »^(٢) . ولو قتل العبد خطأ ، فالدية للمولى ، ولا تجب الدية إلا للولي . والعبد إذا قتل العبد ، فالمولى يستوفى القصاص ، فدل أنه ولي ، بخلاف المكاتب : إذا قتل عن ولاء ، لاختلاف الصحابة في حرته ، فيشتفيه الولي^(٣) .

وأما الآية - قلنا : ذاك لا ينفي القصاص بين الحر والعبد ، بدليل أنه لا ينفي بين الذكر والأنثى .

٢٠٠ - مسألة : مباح الدم بأى سبب كان إذا التجأ إلى الحرم يصير آمناً عن القتل فيه والإخراج عنه للقتل . لكن يمنع عنه الطعام والشراب حتى يضطر إلى الخروج ، فيخرج فيقتل .

وعنده : لا يصير آمناً عن القتل والإخراج منه للقتل .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقتلوه ﴾ فيه^(٤) وفي قراءة ﴿ ولا تقتلوهم ﴾ نهي عن قتل الحرى بحضرة المسجد الحرام إلى أن يوجد منه القتل ، لأن كلمة « عند » للحضرة ، والنهي للتحريم ، وحضرة المسجد الحرام هو الحرم .

(١) في الأصل كذا : « لاشتيفاه » . وفي المعجم الوسيط : اشتفى من عدوه بلغ ما يذهب غيظه منه . على ما قال الله تعالى : ﴿ ويشف صدور قوم مؤمنين ﴾ التوبة : ١٤ .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ٨٣٢ و ٨٣٣ ، ص ١٥١ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٩٢٠ و ٩٢١ ص ٩٨٧ - ٩٨٩ .

(٣) في الأصل : « فيشتبه » .

(٤) البقرة : ١٩١ - ﴿ .. ولا تقتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقتلوه ﴾ فيه فإن قاتلوه فاقتلوه كذلك جزاء الكافرين .

فإن قيل : لا نسلم بأن هذه الآية تقتضى حرمة القتل فى الحرم .

قوله : بأنها تقتضى حرمة القتل بحضرة المسجد الحرام - قلنا : لا نسلم ، بل تقتضى حرمة القتل فى المسجد الحرام . ونحن نقول : القتل فى المسجد الحرام وفى سائر المساجد حرام .

قوله كلمة « عند » للحضرة - قلنا : لا نسلم ، بل كلمة « عند » للقرب ، إلا أن القرب قد يكون بالحضرة وقد يكون بالظرفية ، وههنا القرب بطريق الظرفية (١) - دل عليه قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقتلوكم فيه ﴾ (٢) / ١/١٨٢ أى فى المسجد الحرام ، فيكون معناه « ولا تقتلوهم فى المسجد الحرام » .

ولئن سلمنا أن القتل عند المسجد الحرام حرام ، لكن لم قلتم بأن القتل [فى] جملة الحرم حرام ، والخلاف فيه .

ولئن سلمنا أن الآية تقتضى حرمة القتل فى الحرم ، لكن لم قلتم بأنه [ل] تقتضى (٤) حرمة الإخراج عنه للقتل ؟ .

ثم نقول الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ واقتلوهم حيث ثقتهموهم ﴾ (٥) وبما روى

(١) فى المعجم الوسيط : « عند ظرف مكان للشئ الحاضر تقول : عندى مصحف إذا كان فى البيت الذى أنت فيه . وللشئ القريب - تقول : عندى مصحف إذا كنت فى مكان عملك والمصحف فى بيتك وهما متجاوران مثلاً . وللشئ الغائب تقول عندى مصحف : إذا كنت تملكه وهو غائب عنك كأن يكون مستعاراً ... الخ » .

(٢) البقرة : ١٩١ - راجع فيما تقدم الآية فى الهامش ٤ ص ٥٠٢ ' ﴿ .. ولا تقتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقتلوكم فيه ﴾ .

(٣) انظر ما يلى .

(٤) فى الأصل « بأنه يقتضى » .

(٥) البقرة : ١٩١ . والنساء : ٩١ - ﴿ واقتلوهم حيث ثقتهموهم ﴾ .

عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المعفرة (١)
فلما نزعها جاءه رجل فقال « ابن خطل متعلق بأستار الكعبة ، فقال : اقتلوه » (٢) -
أخرجه البخارى ومسلم - وفي الحديث : « إن الحرم لا يعبد عاصيا ولا فارا بدم ولا فارا
بجزية » (٣) .

الجواب :

قوله : بأن كلمة « عند » للقرب - قلنا : بلى ، ولكن لقرب مخصوص وهو القرب
بطريق المجاورة ، لا الظرفية يقال : رأيت فلانا عند المسجد - يراد به ما ذكرنا ، لا
الظرفية .

فأما قوله تعالى : ﴿ حتى يقاتلوك فيه ﴾ - قلنا : ظاهر النص يقتضى حرمة القتل
فى الحرم ممدودا إلى غاية القتال فى المسجد الحرام ، وهذا يكفى .

قوله : لم قلتم بأن القتل فى جملة الحرم حرام - قلنا : لأن النص يقتضى تحريم القتل فى
الحرم ، فيجب إجراؤه على إطلاقه .

(١) فى مختار الصحاح : « ومَعْفَرٌ بفتح الميم حى من هَمْدَان لا ينصرف معرفة ولا نكرة
كمساجد ، وإليهم تنسب الثياب المعافرة تقول ثوب مَعْفَرٌ - فتصرفه » .

(٢) قال أستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة فى كتابه : « خاتم النبیین » القسم الثانى ،
رقم ٦٠٨ ، ص ١٢٠٩ - ١٢١١ « كان هذا العفو ، (وهو قوله ﷺ لأهل مكة عند الفتح
« اذهبوا فانتم الطلقاء » الكتاب نفسه ص ١٢٠٧) الشامل لقريش أمانا لكل أهل مكة ، ودعا
إلى ألا يقتل إلا تسعة ، أهدر رسول الله ﷺ دمهم وأباح قتلهم ولو تعلقوا بأستار الكعبة وهم :
عبد الله بن أبى السرح وعكرمة بن أبى جهل قبل إسلامه وعبد الله بن خطل والحارث بن نفيل بن
وهب ومقيس بن صبابه وهبار بن الأسود وقينتان لابن خطل كانتا تغنيان بهجاء رسول الله ﷺ
وسارة مولاة لبعض بنى عبد المطلب » أما عكرمة بن أبى جهل فقد أسلم وأما الآخرون فمنهم من
أسلم ثم ارتد وقتل . ومنهم من استؤمن له من رسول الله ﷺ - راجع فى بيان مصيرهم أستاذنا
المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، الكتاب نفسه ، ص ١٢١٠ - ١٢١١ .

(٣) فى الأصل كذا : « بحرية » .

قوله : لم قلم بأنه (١) يقتضى حرمة الإخراج - قلنا : نحن نتعلق بهذا النص لحرمة القتل ، وإنه مختلف فيه ، فيصح التعلق به - على أنا نقول : حرمة القتل إنما كانت لتعظيم الحرم - هذا المعنى موجود فى الإخراج .

قوله : الآية منسوخة - قلنا : لا نسلم .

وأما قوله : ﴿ اقتلوهم حيث ثقتموهم ﴾ - فذاك مخصوص بما يليه وهو قوله : ﴿ ولا تقتلوهم ﴾ (٢) عند / المسجد الحرام ﴿ (٣) .

٢/١٨٢

وأما الحديث - قلنا : كان ذلك يوم فتح مكة . وقد قال عليه السلام : « إنما أحلت لى ساعة من النهار ثم عادت حراما » (٤) .

والحديث الثانى - هو قول عمرو بن سعيد العاص فلا يكون حجة . على أن المراد منه من أنشأ الجناية فى الحرم ، فإنه يقتل فيه بالإجماع . والله أعلم .

(١) « بأنه » غير واضحة فى الأصل كلها .

(٢) فى الأصل : « ولا تقتلوهم » .

(٣) قال الشوكانى فى فتح القدير ، ١ : ١٩١ : ﴿ ولا تقتلوهم عند المسجد الحرام ... ﴾ الآية - اختلف أهل العلم فى ذلك : فذهب طائفة إلى أنها محكمة وأنه لا يجوز القتال فى الحرم إلا بعد أن يتعدى بالقتال فيه فإنه يجوز دفعه بالمقاتلة له ، وهذا هو الحق . وقالت طائفة : إن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى : - ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ويحاج عن هذا الاستدلال بأن الجمع ممكن بيناء العام على الخاص ، فيقتل المشرك حيث وجد إلا بالحرم . وبما يؤيد ذلك قوله ﷺ : « إنها لم تحل لأحد قبلى وإنما أحلت لى ساعة من نهار » وهو فى الصحيح . وقد احتج القائلون بالنسخ بقتله ﷺ لابن خطل وهو متعلق بأستار الكعبة . ويحاج عنه بأنه وقع فى تلك الساعة التى أحل الله لرسوله ﷺ « وانظر المرجع نفسه ، ١ : ٤٩٦ فى تفسير قوله تعالى : ﴿ ... واقتلوهم حيث ثقتموهم ﴾ .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش السابق .

٢٠١ - مسألة : دية العبد المقتول خطأ لا يزداد على عشرة آلاف درهم ، بل ينقص منها عشرة . وتحملها العاقلة . وعنده : تبلغ إلى تمام قيمته ، ولا تحملها العاقلة ، كضمان سائر الأموال ^(١) .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ ^(٢) - الله تعالى أوجب الدية بقتل المؤمن مطلقاً ، والعبد مؤمن ، فكان النص متناولاً له ، والدية ما تجب بمقابلة الدم ، لا ما تجب بمقابلة المال ، لأن الواجب بدلاً عن المال يسمى ضماناً ، لا دية ، إلا أن عصمة الحر فوق عصمة العبد ، وخطر الحر وشرفه أبلغ . ثم ضمان الحر لا يزداد على عشرة آلاف ، فإذا كان التفاوت بين الحر والعبد في المعنى المستدعى للضمان وهو العصمة والشرف ثابتاً ، [ف] لا بد من القول بنقصان ضمانه عن ضمان الحر ، فقد رنا النقصان بعشرة دراهم ، لأنه أدنى مال له خطر في الشرع ، ولهذا توقف القطع في باب السرقة عليه ، فنقصنا عن ضمانه عشرة ، عملاً بانحطاط رتبته ودنو حاله .

فإن قيل : قولكم بأن الدية ما يجب بمقابلة الدم - قلنا : دية الحر أم دية العبد ؟

م ع ١/١٨٣ - والواجب بمقابلة العبد / هو القيمة لا الدية .

والدليل على أن هذا الضمان وجب بمقابلة المال دون ^(٣) الآدمي - المعقول ،

والأحكام .

(١) قال في التحفة ، ٣ : ١٧٣ - ١٧٤ : « وأما في العبد إذا قتله حر خطأ : فإن كان قليل القيمة فإنه يجب قيمته بالإجماع - فأما إذا كان كبير القيمة بأن زادت قيمته على دية الحر : قال أبو حنيفة ومحمد : يجب عشرة آلاف إلا عشرة . وقال أبو يوسف والشافعي : تجب قيمته بالغة ما بلغت ، إلا أن عند الشافعي تجب بمقابلة المالية . وعند أبي يوسف تجب بمقابلة الدم . ولهذا قال : مقدار الدية يجب على العاقلة ، ويجب مؤجلاً في ثلاث سنين ويدخل فيه الإبل كما قال - والمسألة معروفة . وأما إذا قتله عبد خطأ فإنه يجب الدفع أو الفداء » .

(٢) النساء : ٩٢ .

(٣) تبدو في الأصل كذلك .

أما المعقول - فهو أنا لو أوجبنا هذا الضمان بمقابلة الآدمي ، كان هذا الضمان مخالفا لسائر الضمانات ، لأنه لا يتقدر بقيمة المحل ولا يكون مثالا له . ولو أوجبناه بمقابلة المال ، كان موافقا^(١) لسائر الضمانات ، ولا شك أن الثاني أولى .

وأما الأحكام :

منها - أن الضمان وجب حقا للمولى ، والضمان إنما يجب حقا لمن كان المضمون حقا له ، والعبد حق المولى من حيث إنه مال ، لا من حيث إنه آدمي .

ومنها - أن حكم البيع يبقى في بدل العبد المقتول ، حتى إن العبد المبيع إذا قتل قبل القبض يبقى العقد منعقدا على القيمة ، والبيع إنما يبقى في بدل المبيع ، والمبيع هو المال .

ومنها - أن حكم الرهن يبقى في قيمة العبد .

ومنها - أن الراهن لو قتل العبد المرهون ، يجب عليه كمال قيمته ، ويكون رهنا .

ومنها - أن قيمة العبد إذا كان أقل من عشرة آلاف درهم ، يتقدر ضمانه بقدر قيمته لا بالدية^(٢) .

ولئن سلمنا أن هذا الضمان وجب بمقابلة الآدمي ، لكن لم قلتم بأنه ينقص عشرة؟^(٣) .

قوله - إظهارا لخطر الحر ودناءة العبد - قلنا : إظهار نقصان العبد كما يكون بنقصان العشرة ، فكذلك يكون بجعل المالية معيارا له ، إلحاقا له بالبهائم ، فلم كان ما ذكرتم أولى مما ذكرنا ؟ بل ما ذكرناه أولى ، لأن له نظيرا في الشرع ، وهو قليل القيمة .

(١) في الأصل تشبه : « موافقا » .

(٢ - ٣) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٥٠٦ .

الجواب :

قوله : الدية ما يجب بمقابلة الدم : دية الحر أم دية العبد ؟ قلنا : لأن المنقول في اللغة أن الدية / بدل الدم لا بدل المال ، فإذا سمي دية [فإنها] تقع عن الدم لا عن المال . ٢/١٨٣

قوله : لو أوجبنا هذا الضمان بمقابلة الآدمي ، كان هذا الضمان مخالفا لسائر الضمانات - قلنا : بلى ، ولكن إيجابه بمقابلة الآدمي أولى ، لأن الآدمي أصل قائم بنفسه ، والمالية تبع قائم به ، ومعلوم أن تضمين الأصل أولى من تضمين التبع ، لأن الأصل إذا صار منجبراً بالضمان ، صار التبع منجبراً ، ولا كذلك على العكس .
وأما الأحكام :

قوله : بأن الضمان يجب للمولى - قلنا : بطريق الأصالة أم بطريق النيابة عن العبد ؟ ع م - وهذا لا يدل على أنه بدل المال كالتقصاص .

وأما حكم البيع والرهن - [ف] إنما يبقى ، لأن بقاء المبيع والرهن لا يستدعى قيام المحل لا محالة ، بل يعتمد قيام فائدة ما - ألا ترى أن الشاة المرهونة إذا ماتت ، بطلت ماليتها ، ويبقى الرهن حتى لو ذبح جلدتها كان رهنا عنده .

وأما الراهن إذا قتل العبد المرهون - قلنا : دم العبد ليس بمضمون في حق المولى ، فكان الواجب هو القيمة - أما ههنا بخلافه .

وأما قليل القيمة - قلنا : ثمة الواجب بدل الآدمي ، وهو ضمان الدم أيضا ، إلا أنا (١) جعلنا المالية معيارا له ، لأنه أمكن ومست الحاجة إليه ، لأنه لا يؤدي إلى المساواة بين الحر والعبد أو الزيادة عليه (٢) .

(١) في الأصل : « ان » .

(٢) « عليه » كأنها في الأصل كذلك .

قوله : لم قلت بأن المالية لا تجعل معيارا لهذا الضمان ؟ قلنا : لعدم الحاجة وعدم الإمكان .

قوله : يجعل المالية معيارا يظهر انحطاط رتبته - قلنا : بلى ، ولكن يؤدي إلى ارتفاع حاله وزيادة خطره بأن يزيد بدله على بدل الحر ، فكان ما ذكرناه أولى .
والله أعلم .

٢٠٢ - مسألة : القتل / العمد لا يوجب الكفارة ، خلافا له . ١/١٨٤

والوجه فيه - قول الله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ﴾ (١) - الله تعالى جعل الخلود في النار جزاء القتل العمد ، والجزاء اسم لما يكون كافيا ، وهذا ينفي وجوب شيء آخر ، إذ لو وجب شيء آخر لم يبق هو كافيا .
فإن قيل : لا يصح التمسك بهذه الآية في هذا الحكم ، لأن الآية نزلت في الكافر ، بقرينة ذكر الخلود واللعن والغضب . وقد قالوا : « متعمدا » معناه « مستحلا » فلا تتناول محل النزاع ، ولأن القصاص وحرمان الميراث أيضا جزاء للقتل العمد بالإجماع ، فبطل قولكم إن الجزاء اسم لما يكون كافيا .

ثم نقول : أجمعنا على وجوب الكفارة في القتل الخطأ ، فوجب أن يجب ههنا ، لأن الكفارة إنما وجبت ثمة لجبر الفات ، وهو حق الله تعالى في النفس ، وهذا المعنى موجود هنا .

الجواب :

قوله : الآية في حق الكافر - قلنا : لا نسلم .

(١) النساء : ٩٣ - ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ .

وأما الخلود - قلنا : الخلود قد يذكر ويراد به طول المكث لا التأيد ، إما بطريق الحقيقة أو بطريق المجاز .

وأما اللعن والغضب - فذاك عبارة عن الإبعاد من الرحمة ، وقد يكون ذلك موقتا ، فيستحقه القاتل العامد .

وأما وجوب القصاص وحرمان الميراث - قلنا : النص متى اقتضى كون النار جزاء للقتل ، فقد اقتضى كونه كافيا ، وإذا يقتضى نفى ما سواه ، إلا أن بعض الأشياء قد خص ، وهو القصاص وحرمان الميراث ، فبقى الباقي داخلا تحت النص ، فصار ، النص مع دلالة الإجماع ، مقتضيا كون النار مع القصاص وحرمان الميراث كُلُّ موجب القتل . وهذا ينفي وجوب الكفارة .

قوله : الكفارة / وجبت في الخطأ لجبر حق الله - قلنا : لا نسلم ، فإن الواجب وهو الكفارة ، شرع لرفع الذنب ، لا للجبر^(١) ، لأن الاسم ينبيء عن الستر لا عن الجبر . والمعنى المعقول في المسألة أن هذه جناية مكفرة بالتوبة ، فلا يجب الإعتاق موجبا لها ، قياسا على سائر الجنايات المكفرة بالتوبة .

وبيان الوصف والتأثير والأسولة عليه والأجوبة عنها - ما ذكر في مسألة اليمين الغموس^(٢) .

والله أعلم بالصواب .

انتهى بحمد الله

(١) وردت في الهامش عبارة « والذنب إنما يرتفع في القتل الخطأ دون العمد ، فلا تجب الكفارة في العمد » وهي بخط غير خط المتن .

(٢) راجع فيما تقدم المسألة ٧٣ ص ١٨٤ - ١٨٧ .

وافق الفراغ من هذا الكتاب في جمادى الآخرة ليلة الثلاثاء لثلاث ليال خلون منه
سنة ثلاث وسبعين وستاية والحمد لله رب العالمين .
قبول وصحح بأصله المكتوب من أوله إلى آخره .
الورق ١٨٥ المسطرة ٢١ .

* * *

ثم بعون الله وتوفيقه نسخه ومراجعته والتقديم له وتحقيقه والتعليق عليه وتصحيح تجاربه
على مدى سنتين من العمل الجاد المتصل ابتغاء خدمة الفقه الإسلامى رجاء رضوان الله
ومغفرته .

والى أشكر مطبعة المختار : صاحبها ومديرها وعمالها على ما بذلوا من جهد فى سبيل
إخراج هذا الكتاب على هذا الوجه من الإتقان .

والله المستول أن يوفقنا إلى مزيد من خدمة شريعة الله وأن يجعل ذلك فى ميزاننا يوم
القيامة .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والعاملين بسنته إلى يوم الدين .

الدكتور محمد زكى عبد البر

ذو القعدة ١٤١٠ هـ - مايو ١٩٩٠ م

٤١ شارع العراق - مدينة المهندسين - الجيزة - مصر

* * *

إيضاح

(١) فى ص ٨٥ (١/٣١ من المخطوطة) فى المتن (س ٥ من أسفل) :
« وجدت المرأة زوجها عنيماً أو محبوباً » - فى الأصل : « عتيماً أو مجنوناً » والصحيح
ما أثبتناه فى المتن .

انظر : رأس المسألة ٣٦ ص ٨٤ . وكذا ص ٨٦ (٢/٣١ من المخطوطة) س ٧
من أسفل . وراجع السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٣٥ . والظاهر أنه خطأ من الناسخ
إذ جعل النقطتين فى الكلمة الثانية من فوق بدلاً من أن تكوناً من تحت .

(٢) فى ص ١١٧ (آخر ١/٤٢ من المخطوطة) فى المتن (س ٣ من أسفل) :
فى الأصل كذا : « بما روى عمرو بن شعيب عن ابنه عن جده ... » والصحيح ما
أثبتناه - راجع الهامش ٢ من الصفحة نفسها .

مراجع التحقيق

نورد فيما يلي بياناً بما تكرر الرجوع إليه من مراجع في التحقيق ، مرتبة حسب الموضوع ، ثم حسب وفاة المؤلف .

القرآن الكريم وتفسيره :

- القرآن الكريم .

- ابن كثير (٧٧٤ هـ) - « تفسير القرآن العظيم » . دار الأندلس - بيروت .
- الشوكاني (١٢٥٠ هـ) - « فتح القدير » - دار الفكر - مصر .

في الحديث :

- ابن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) - « بلوغ المرام من أدلة الأحكام » . حقق أصوله وعلق عليه رضوان محمد رضوان . دار الكتاب العربي - مصر .
- الصنعاني (محمد بن إسماعيل الكحلاني - ١١٨٢ هـ) « سبل السلام » شرح « بلوغ المرام » المتقدم ذكره . دار إحياء التراث العربي - بيروت ، لبنان . وطبعة دار الجليل - بيروت - لبنان

في أصول الفقه :

- السمرقندي (علاء الدين - ٥٣٩ هـ) - « ميزان الأصول في نتائج العقول - المختصر » . تحقيقنا ونشرنا - الطبعة الأولى . مطابع الدوحة الحديثة - قطر .
- ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

في الفقه :

- السمرقندي (علاء الدين - ٥٣٩ هـ) - « تحفة الفقهاء » تحقيقنا ونشرنا . الطبعة الأولى . مطبعة جامعة دمشق . ١٣٧٧ - ١٣٨٧ هـ . ١٩٥٨ -
- (طريقة الخلاف في الفقه - م ٣٣)

- ١٩٥٩ م . في ثلاثة أجزاء . والطبعة الثانية ، مصورة عن الأولى . إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر . ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م .
- الكاساني (علاء الدين - ٥٨٧ هـ) - « بدائع الصنائع » الطبعة الأولى . مصر . ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م .
- المرغيناني (٥٩٣ هـ) - « البداية والهداية » . ومعها شرحها : البابري (٧٨٦ هـ) - « العناية » . وابن الهمام (٨٦١ هـ) « فتح القدير » . المطبعة الأممية . الطبعة الأولى . ١٣١٦ هـ .
- الزيلعي (٧٤٣ هـ) - « تبين الحقائق » شرح « كنز الدقائق » للنسفي (٧١٠ هـ) والشلي (حوالى ١٠٠٠ هـ) عليه .
- ابن نجيم (٩٧٠ هـ) - « البحر الرائق » شرح « كنز الدقائق » للنسفي (٧١٠ هـ) طبع مصر . ١٣٣٤ هـ .
- ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) - « رد المختار » على « الدر المختار » للحصكفي (١٠٨٨ هـ) . شرح « تنوير الأبصار » للتمرتاشي (١٠٠٤ هـ) . المطبعة الأممية ١٢٧١ هـ .
- مجلة الأحكام العدلية .
- مرشد الحيران - محمد قدرى باشا . الطبعة الثالثة . المطبعة الأممية بمصر . ١٩٠٩ هـ .
- أحمد إبراهيم (أستاذنا) . « طرق القضاء في الشريعة الإسلامية » . القاهرة . ١٣٤٧ هـ - ١٩٢٨ م . المطبعة السلفية .
- على الخفيف (أستاذنا) - « أحكام المعاملات الشرعية » . البحرين . الناشر بنك البركة الإسلامي .

في السيرة النبوية :

- محمد أبو زهرة (أستاذنا) - « خاتم النبيين ﷺ » في مجلدين - طبع قطر . ١٣٩٩ - ١٤٠٠ هـ .

في التراجم :

- ابن عبد البر (أبو عمر يوسف - ٤٦٣ هـ) - « الاستيعاب في معرفة الأصحاب » .

في اللغة :

- « مختار الصحاح » . لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي . مكتبة المؤيد بالطائف . ١٣٩٠ هـ - ١٩٧١ م .

- « المعجم الوسيط » مجمع اللغة العربية . الطبعة الثانية . مصر . في مجلدين ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م .

- « المعجم الوجيز » مجمع اللغة العربية . الطبعة الأولى . مصر ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

مع ملاحظة أننا كنا نرجع إلى طبعات أخرى أحيانا حسب الظروف .

والله الموفق

الفهرست

ص - ص

في المقدمة الترفيم من أسفل . وفي الكتاب الترفيم من أعلى .

تقديم

١٣ - ٧

المقدمة - ١ - المؤلف - ٢ - الكتاب وصور من المخطوطة -

٥٧ - ١٥

٣ - منهجنا في النشر - ٤ - منهج المناظرة - ترتيب الكتاب

طريقة الخلاف في الفقه

ملاحظة هامة

٢

١ - كتاب الطهارة

١ - مسألة : الخارج النجس من بدن آدمي ، من أى موضع كان ،

٧ - ٣

يوجب انتفاض الطهارة . وعنده من السبيلين

٩ - ٧

٢ - مسألة : النية والترتيب في الوضوء ليسا بشرط . وعنده شرط

١١ - ١٠

٣ مسألة : إزالة النجاسة الحقيقية بما سوى الماء

٢ - كتاب الزكاة

١٤ - ١٢

٤ - مسألة : الزكاة واجبة في الحل . ولا تجب عنده

١٧ - ١٥

٥ - مسألة : لا تجب الزكاة في المال الضمار . وعنده تجب

١٩ - ١٧

٦ - مسألة : المستفاد من جنس النصاب يضم إلى ما عنده

٧ - مسألة : أثمان الإبل المزكاة لا تضم إلى ما عنده من النصاب في

٢١ - ١٩

حكم الحول

٢٣ - ٢١

٨ - مسألة : مال المديون بقدر الدين لا ينعقد سببا لوجوب الزكاة

٢٥ - ٢٣

٩ - مسألة : من عليه الزكاة إذا فرط في أداء الزكاة

ص ص

٢٧ - ٢٦

١٠ - مسألة : دفع القيم في باب الزكاة جائز

٢٩ - ٢٧

١١ - مسألة : الزكاة لا تجب على الصبي والمجنون

٣ - كتاب الصوم

٣١ - ٣٠

١٢ - مسألة : إذا صام رمضان بمطلق النية أو بنية النفل أجزأه

٣٣ - ٣١

١٣ - مسألة : صوم رمضان يتأدى بنية من النهار قبل الزوال

٣٥ - ٣٣

١٤ - مسألة : المجنون إذا أفاق في بعض الشهر يلزمه قضاء ما مضى

٣٧ - ٣٥

١٥ - مسألة : النذر بصوم يوم النحر وأيام التشريق يصح

٣٩ - ٣٧

١٦ - مسألة : إذا أكل أو شرب في نهار رمضان عامداً

٤١ - ٤٠

١٧ - مسألة : المنفرد بروئية الهلال إذا شهد عند القاضي

٤٣ - ٤١

١٨ - مسألة : الكفارتان تتداخلان

٤٥ - ٤٣

١٩ - مسألة : إذا شرع في الصوم التطوع ثم أفسده ، قضاؤه

٤ - كتاب النكاح

٥١ - ٤٦

٢٠ - مسألة : الاشتغال بالنكاح أفضل من التخلي لنواقل العبادات

٥٣ - ٥١

٢١ - مسألة : البنت المخلوقة من ماء الزاني يحرم عليه نكاحها

٥٥ - ٥٣

٢٢ - مسألة : الزنا يوجب حرمة المصاهرة

٥٨ - ٥٥

٢٣ - مسألة : الأب إذا تزوج بجارية الابن ، يجوز

٥٩ - ٥٨

٢٤ - مسألة : زوج المعتدة إذا قال : أخبرتني المرأة أن عدتها انقضت

٦١ - ٥٩

٢٥ - مسألة : الأب لا يملك إجبار البنت البالغة على النكاح

٦٢ - ٦١

٢٦ - مسألة : الأب والجد يملكان إجبار الشيب الصغيرة

٦٤ - ٦٢

٢٧ - مسألة : غم الأب والجد يثبت له إنكاح الصغيرة والصغير

ص - ص

- ٢٨ - مسألة : خيار البلوغ يثبت للصغير والصغيرة إذا وجههما غير الأب والجد ٦٤ - ٦٦
- ٢٩ - مسألة : النكاح بغير الولي ينقذ نافذاً ٦٦ - ٧١
- ٣٠ - مسألة : المصابة بالفجور لا تستنطق ٧١ - ٧٣
- ٣١ - مسألة : أحد الأولياء إذا زوج وليته من غير كفاء برضاها ٧٣ - ٧٤
- ٣٢ - مسألة : أقرب الأولياء إذا غاب غيبة منقطعة ، تثبت للأبعد ولاية التزويج ٧٥
- ٣٣ - مسألة : المولى يملك إجبار عبده على النكاح ٧٦ - ٧٨
- ٣٤ - مسألة : العجز عن الإنفاق لا يوجب حق المطالبة بالتفريق ٧٨ - ٨١
- ٣٥ - مسألة : إذا سبى الزوجان معاً ، لا تقع الفرقة بينهما ٨١ - ٨٤
- ٣٦ - مسألة : المنكوحة لا ترد بالمصوب الخمسة ٨٤ - ٨٦
- ٣٧ - مسألة : طول الحرمة لا يمنع نكاح الأمة ٨٧ - ٨٩
- ٣٨ - مسألة : النكاح ينقذ بلفظ البيع والهبة ٨٩ - ٩٢
- ٣٩ - مسألة : نكاح الأخت في عدة الأخت عن طلاق بائن لا يجوز ٩٢ - ٩٤
- ٤٠ - مسألة : إذا تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً أو على أن لا مهر لها ٩٤ - ٩٦
- ٤١ - مسألة : الخلوة الصحيحة بحكم النكاح الصحيح توجب كمال المهر ٩٧ - ٩٩

٥ - كتاب الطلاق

- ٤٢ - مسألة : الزوج الثاني يهدم الطلقة والطلقتين ١٠٠ - ١٠٣
- ٤٣ - مسألة : إذا قال لها : أنت طالق ونوى الثلاث أو الثنتين ١٠٣ - ١٠٥
- ٤٤ - مسألة : إضافة الطلاق إلى اليد أو إلى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن ١٠٥ - ١٠٧
- ٤٥ - مسألة : التنجيز يطل التحليق ١٠٨ - ١١١
- ٤٦ - مسألة : إرسال الطلقات الثلاث جملة حرام ١١١ - ١١٣

ص - ص

- ٤٧ - مسألة : عدد الطلاق معتبر برق النساء وحريتهن ١١٦ - ١١٣
- ٤٨ - مسألة : تعليق الطلاق والعناق بالملك جائز ١١٩ - ١١٦
- ٤٩ - مسألة : الكنايات كلها بوائن إلا قوله : اعتدى - واستبرى رحمك ١٢٠ - ١١٩
- ٥٠ - مسألة : الطلاق الرجعى لا يحرم الوطء ١٢٣ - ١٢١
- ٥١ - مسألة : إذا طلق امرأته فى مرض موته طلاقاً بائناً ١٢٦ - ١٢٣
- ٥٢ - مسألة : إذا قال لامرأته قبل أن يدخل بها : إن دخلت الدار فأنت طالق ١٢٨ - ١٢٦
- ٥٣ - مسألة : إذا قال لامرأته : أنا منك طابق ، لا يقع الطلاق ١٢٩ - ١٢٨
- ٥٤ - مسألة : ظاهر الذمى لا يصح حتى لا يحرم الوطء أصلاً ١٣٢ - ١٣٠
- ٥٥ - مسألة : المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدة ١٣٤ - ١٣٢
- ٥٦ - مسألة : إذا قال الرجل لامرأته : طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً ١٣٦ - ١٣٤
- ٥٧ - مسألة : قال أبو حنيفة وأبو يوسف : المعتدة عن طلاق رجعى إذا كانت أيام حيضها دون العشرة ١٣٩ - ١٣٦
- ٥٨ - مسألة : العدتان تتداخلان ١٤١ - ١٣٩
- ٥٩ - مسألة : الأقراء الحيض دون الأطهار ١٤٣ - ١٤١

٦ - كتاب العتاق

- ٦٠ - مسألة : من ملك ذا رحم محرم منه ، يعتق عليه ١٤٦ - ١٤٤
- ٦١ - مسألة : إذا قال الرجل لعبده : هذا ابنى ١٤٨ - ١٤٦
- ٦٢ - مسألة : صريح الطلاق وكناياته لا يقع به العتق وإن نوى ١٥٠ - ١٤٨
- ٦٣ - مسألة : إذا قال لأخته : أول ولد تلدينه فهو حر ١٥٣ - ١٥٠
- ٦٤ - مسألة : إذا قال لعبده : إن أدبت لى ألفاً فأنت حر ١٥٤ - ١٥٣
- ٦٥ - مسألة : الوطء فى العتق المبهم لا يكون بياناً للعتق فى غير الموطوعة ١٥٨ - ١٥٥

ص - ص

- ٦٦ - مسألة : الإعتاق يتجزأ ١٥٨ - ١٦٧
- ٦٧ - مسألة : العتق لا يتجزأ ١٦٨ - ١٧٠
- ٦٧ مكرراً - مسألة : إذا اشترى أباه نادياً عن كفارة يمينه أجرأه ١٧٠ - ١٧٢
- ٦٨ - مسألة : الشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد ١٧٢ - ١٧٤
- ٦٩ - مسألة : رجلان اشتريا عبداً هو قريب أحدهما حتى عتق نصيبه ١٧٥ - ١٧٦
- ٧٠ - مسألة : المكاتب إذا مات عن ولاء ، لا يفسخ عقد الكتابة ١٧٧ - ١٧٨
- ٧١ - مسألة : بيع المدير المطلق لا يجوز ١٧٨ - ١٨٠

٧ - كتاب الأيمان

- ٧٢ - إذا قال الرجل : لله على أن أذبح ولدى أو أنحره ١٨١ - ١٨٤
- ٧٣ - مسألة : اليمين الغموس لا توجب الكفارة ١٨٤ - ١٨٧
- ٧٤ - مسألة : التكفير قبل الحنث لا يجوز ١٨٧ - ١٩٠
- ٧٥ - مسألة : إذا أعتق رقبة كافرة عن كفارة اليمين أو الظهار يجرئه ١٩٠ - ١٩٣
- ٧٦ - مسألة : إذا أعتق المكاتب عن كفارة يمينه يجرئه ١٩٣ - ١٩٥
- ٧٧ - مسألة : إذا اشترى أباه عن كفارة إفطاره يجرئه ١٩٥ - ١٩٧
- ٧٨ - مسألة : إذا قال الرجل لغيره : أعتق عبدك عنى على ألف درهم ١٩٧ - ١٩٨

٨ - كتاب الحدود

- ٧٩ - مسألة : الإسلام من شرائط الإحصان ١٩٩ - ٢٠١
- ٨٠ - مسألة : اللواط لا توجب الحد . ٢٠١ - ٢٠٣
- ٨١ - مسألة : الجلد مع النفي لا يجتمعان في زنا الأبكار ٢٠٣ - ٢٠٥

ص - ص

- ٢٠٧ - ٢٠٥ ٨٢ - مسألة : إذا تزوج بمحارمه ودخل بها
 ٢١٠ - ٢٠٧ ٨٣ - مسألة : إذا استأجر امرأة ليزنى بها فزنى بها
 ٢١١ - ٢١٠ ٨٤ - مسألة : العاقلة البالغة إذا مكنت نفسها من صبي أو مجنون
 ٢١٤ - ٢١٢ ٨٥ - مسألة : المولى لا يملك إقامة الحدود على مملوكه
 ٢١٧ - ٢١٤ ٨٦ - مسألة : الزنا الموجب للحد لا يظهر إلا بالإقرار ...
 ٢١٩ - ٢١٧ ٨٧ - مسألة : الإحصان يثبت بشهادة رجل وامرأتين
 ٢٢٢ - ٢١٩ ٨٨ - مسألة : حد القذف لا يورث ولا يسقط بإسقاطه

٩ - كتاب السرقة

- ٢٢٤ - ٢٢٣ ٨٩ - مسألة : القطع مع الضمان لا يجتمعان
 ٢٢٦ - ٢٢٤ ٩٠ - مسألة : لا قطع على النباش
 ٢٢٩ - ٢٢٧ ٩١ - مسألة : السارق لا يؤتى على أطرافه الأربعة
 ٢٣٢ - ٢٢٩ ٩٢ - مسألة : السارق إذا ملك المسروق بعد القضاء ، قبل الاستيفاء
 ٢٣٣ - ٢٣٢ ٩٣ - مسألة : السارق من المودع والمستعير .. الخ

١٠ - كتاب السير

- ٢٣٦ - ٢٣٤ ٩٤ - مسألة : قسمة الغنائم في دار الحرب لا يجوز
 ٢٣٩ - ٢٣٦ ٩٥ - مسألة : قال الحنفية : خمس الغنيمة يقسم على ثلاثة أسهم
 ٢٤١ - ٢٣٩ ٩٦ - مسألة : الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين
 ٢٤٢ - ٢٤١ ٩٧ - مسألة : الحرى إذا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا
 ٢٤٤ - ٢٤٢ ٩٨ - مسألة : العبد الآبق إلى دار الحرب
 ٢٤٦ - ٢٤٤ ٩٩ - مسألة : الغازى إذا جاوز الدرب فارساً

ص - ص

- ١٠٠ - مسألة : المرتدة لا يباح قتلها ٢٤٧ - ٢٤٩
١٠١ - مسألة : الجزية تسقط بالموت والإسلام ٢٤٩ - ٢٥٠
١٠٢ - مسألة : أمان العبد المحجور عن القتال لا يصح ٢٥١ - ٢٥٢
١٠٣ - مسألة : إسلام الصبي العاقل يصح ٢٥٣ - ٢٥٤

١١ - كتاب الغصب

- ١٠٤ - مسألة : زوائد الغصب أمانة ٢٥٥ - ٢٥٧
١٠٥ - مسألة : الزوائد المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم ٢٥٧
١٠٦ - مسألة : الدور والمقار لا تضمن بالغصب ٢٥٧ - ٢٥٩
١٠٧ - مسألة : المنافع لا تضمن بالغصب ٢٥٩ - ٢٦٠
١٠٨ - مسألة : المضمونات تملك بالغصب عند أداء الضمان ٢٦٠ - ٢٦٢
١٠٩ - مسألة : نقصان الولادة ينجر بالولد ٢٦٣ - ٢٦٤
١١٠ - مسألة : إذا غصب حفظه وطحنها أو زرعها ٢٦٤ - ٢٦٦
١١١ - مسألة : إذا غصب ساجة وأدخلها في بنائه ٢٦٧ - ٢٦٩
١١٢ - مسألة : المسلم إذا أتلف حمر الذمى أو خنزيره ٢٦٩ - ٢٧٠

١٢ - كتاب الوديعة

- ١١٣ - مسألة : المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق ٢٧١ - ٢٧٢
١١٤ - مسألة : إذا أودع عند صبي محجور عليه مالا أو عند عبد ٢٧٢ - ٢٧٤
١١٥ - مسألة : المودع إذا سافر بجمال الوديعة في طريق آمن ٢٧٤ - ٢٧٦

١٣ - العارية

- ١١٦ - مسألة : إذا هلك المستعار في يد المستعير ٢٧٧ - ٢٧٩

ص - ص

١٤ - كتاب الصيد

- ١١٧ - مسألة : متروك التسمية عامداً عند الذبح لا يحل أكله ٢٨٠ - ٢٨٣
١١٨ - مسألة : الجنين لا يتلذذى بذكاة الأم ٢٨٣ - ٢٨٥
١١٩ - مسألة : لحم الخيل مكروه كراهة تحريم ٢٨٥ - ٢٨٧

[١٤ - مكرراً - الأضحية]

- ١٢٠ - مسألة : الأضحية واجبة على الأغنياء البالغين المقيمين ٢٨٨ - ٢٩٠

١٥ - كتاب الهبة

- ١٢١ - مسألة : هبة المشاع فيها يحتمل القسمة لا تم ٢٩١ - ٢٩٤
١٢٢ - مسألة : الهبة من الأجنبية لا تقع لازمة ٢٩٤ - ٢٩٧

١٦ - كتاب البيوع

- ١٢٣ - مسألة : البيع الفاسد يفيد الملك عند القبض ٢٩٨ - ٣٠٠
١٢٤ - مسألة : إذا باع قفيز حصص بقفيز حصص ٣٠٠ - ٣٠٢
١٢٥ - مسألة : التقابض في بيع الطعام بالطعام ليس بشرط ٣٠٢ - ٣٠٤
١٢٦ - مسألة : إذا باع درهماً وديناراً بدرهمين ودينارين ٣٠٤ - ٣٠٦
١٢٧ - مسألة : بيع الرطب بالتمر متساوياً كَيْلاً ٣٠٦ - ٣٠٩
١٢٨ - مسألة : إذا باع فلساً رائجاً بفلسين رائجين ٣٠٩ - ٣١١
١٢٩ - مسألة : بيع لحم الشاة بالشاة يجوز مطلقاً ٣١١ - ٣١٢
١٣٠ - مسألة : شراء ما بأقل مما باع قبل نقد الثمن ٣١٢ - ٣١٤
١٣١ - مسألة : الزوائد المنفصلة من المبيع المتولدة بعد القبض ٣١٥ - ٣١٧

ص - ص

- ١٣٢ - مسألة : الزيادة في الثمن والمثمن تصح وتلتحق بأصل العقد ٣١٧ - ٣٢٠
- ١٣٣ - مسألة : إذا اشترى شيئاً لم يره ٣٢٠ - ٣٢٢
- ١٣٤ - مسألة : الكافر إذا اشترى عبداً مسلماً ٣٢٢ - ٣٢٤
- ١٣٥ - مسألة : بيع لبن الآدميات الحرائر والإماء ٣٢٤ - ٣٢٦
- ١٣٦ - مسألة : بيع العقار المبيع قبل القبض ٣٢٦ - ٣٢٧
- ١٣٧ - مسألة : كل عقد له مجيز حال وقوعه ... ٣٢٧ - ٣٣٠
- ١٣٨ - مسألة : المشتري من الفاسب إذا أعتق العبد المشتري ٣٣٠ - ٣٣٢
- ١٣٩ - مسألة : خيار الشرط لا يورث ٣٣٢ - ٣٣٤
- ١٤٠ - مسألة : رجلان اشتريا شيئاً على أنهما بالخيار ثلاثة أيام ٣٣٤ - ٣٣٦
- ١٤١ - مسألة : المشتري إذا أفلس بعد قبض المبيع ٣٣٦ - ٣٣٨
- ١٤٢ - مسألة : وطء الثيب يمنع الرد بالعيب ٣٣٩ - ٣٤١
- ١٤٣ - مسألة : إذا باع نفس العبد منه بجارية أو أعتق عبده على جارية ٣٤١ - ٣٤٣
- ١٤٤ - مسألة : سَلَمَ الحال بغير الأجل لا يجوز ٣٤٣ - ٣٤٦
- ١٤٥ - مسألة : إذا أسلم في المنقطع في غير حينه وجعل الأجل في حينه ٣٤٦ - ٣٤٧
- ١٤٦ - مسألة : السلم في الحيوان لا يجوز ٣٤٧ - ٣٤٩
- ١٤٧ - مسألة : إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ٣٤٩ - ٣٥١
- ١٤٨ - مسألة : الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بغير فاحش ٣٥٢ - ٣٥٣

١٧ - كتاب الصرف

- ١٤٩ - مسألة : الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات ٣٥٤ - ٣٥٧

١٨ - كتاب الشفعة

- ١٥٠ - مسألة : حق الشفعة يثبت للجار الملازق ٣٥٨ - ٣٦١

ص - ص

٣٦٢ - ٣٦١

١٥١ - مسألة : الشفعة تستحق على عدد الرعوس

١٩ - كتاب الإجازات

٣٦٥ - ٣٦٣

١٥٢ - مسألة : الأجرة لا تملك بنفس العقد إلا بالتعجيل

٣٦٧ - ٣٦٥

١٥٣ - مسألة : إجارة المشاع غير صحيحة

٣٦٩ - ٣٦٧

١٥٤ - مسألة : الأجير المشترك يضمن ما جنت يده

٢٠ - كتاب الشهادات

٣٧٣ - ٣٧٠

١٥٥ - مسألة : النكاح يتعقد بحضرة الفساق

٣٧٤ - ٣٧٣

١٥٦ - مسألة : شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة

٣٧٧ - ٣٧٤

١٥٧ - مسألة : المحدود في القذف إذا تاب ثم شهد

٣٨٠ - ٣٧٧

١٥٨ - مسألة : شهادة أحد الزوجين لصاحبه غير مقبولة

٣٨٢ - ٣٨٠

١٥٩ - مسألة : النكاح يتعقد ويظهر بشهادة رجل وامرأتين

٣٨٩ - ٣٨٢

١٦٠ - مسألة : قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور

٢١ - كتاب الدعوى

٣٩٤ - ٣٩٠

١٦١ - مسألة : النكول حجة يقضى بها في باب الأموال

٣٩٧ - ٣٩٥

١٦٢ - مسألة : الاستحلاف لا يجري في الأشياء الثلاثة

٤٠٠ - ٣٩٧

١٦٣ - مسألة : القضاء على الغائب وللغائب

٤٠٢ - ٤٠٠

١٦٤ - مسألة : الخارجان إذا ادعيا ملكاً مطلقاً

٤٠٥ - ٤٠٢

١٦٥ - مسألة : الخارج مع ذي اليد إذا تنازعا في الملك المطلق

٤٠٧ - ٤٠٥

١٦٦ - مسألة : الأب إذا استولد جارية ابنه

ص - ص

٢٢ - كتاب الإقرار

- ١٦٧ - مسألة : دين الصحة مقدم على دين المرض
٤١١ - ٤٠٨
١٦٨ - مسألة : المريض مرض الموت إذا أقر لبعض ورثته لا يصح
٤١٢ - ٤١١

٢٣ - كتاب الوكالة

- ١٦٩ - مسألة : الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في مجلس القضاء
٤١٤ - ٤١٣
١٧٠ - مسألة : التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازماً
٤١٦ - ٤١٥

٢٤ - كتاب الكفالة

- ١٧١ - مسألة : الكفالة بنفس من عليه الدين والأعيان المضمونة
٤٢٠ - ٤١٧
١٧١ - مسألة : الكفالة بالدين عن ميت مفلس لا تصح
٤٢٤ - ٤٢٠

٢٥ - كتاب الحوالة

- ١٧٣ - مسألة : المحتال عليه إذا مات مفلساً
٤٢٧ - ٤٢٥

٢٦ - كتاب الصلح

- ١٧٤ - مسألة : الصلح على الإنكار جائز
٤٣٠ - ٤٢٨

٢٧ - كتاب الرهن

- ١٧٥ - مسألة : الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين
٤٣٤ - ٤٣١
١٧٦ - مسألة : رهن المشاع لا يجوز
٤٣٥ - ٤٣٤
١٧٧ - مسألة : الراهن إذا أعتق العبد المرهون بنفذ إعتاقه
٤٣٨ - ٤٣٦

ص - ص

٢٨ - كتاب الأشربة

١٧٨ - مسألة : تحليل الخمر مباح ٤٣٩ - ٤٤٤

٢٩ - كتاب الإكراه

١٧٩ - مسألة : طلاق المكره وعتاقه ونكاحه ونذره وبينه صحيح نافذ ٤٤٥ - ٤٤٨

١٨٠ - مسألة : إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً ٤٤٨ - ٤٥٠

١٨١ - مسألة : قال أبو حنيفة ومحمد : إذا أكره إنساناً على قتل غيره

بالسيف ... ٤٥٠ - ٤٥٢

٣٠ - كتاب الحجر

١٨٢ - مسألة : الحجر على الحر السفیه باطل ٤٥٣ - ٤٥٥

٣١ - كتاب المأذون

١٨٣ - مسألة : المأذون في النوع يكون مأذوناً في الأنواع كلها ٤٥٦ - ٤٥٨

١٨٤ - مسألة : المولى إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت ٤٥٨ - ٤٦١

١٨٥ - مسألة : الصبي العاقل المأذون له في التجارة ٤٦٢ - ٤٦٣

١٨٦ - مسألة : رقبة العبد المأذون تباع بدين التجارة ٤٦٣ - ٤٦٥

٣٢ - كتاب الجنایات

١٨٧ - مسألة : موجب العمد هو القصاص عيناً ٤٦٦ - ٤٦٩

١٨٨ - مسألة : شريك الأب لا يجب عليه القصاص ٤٦٩ - ٤٧١

١٨٩ - مسألة : الواحد يقتل بالجماعة قصاصاً إكفاء ٤٧١ - ٤٧٦

ص - ص

- ١٩٠ - مسألة : إذا ضرب إنساناً بالسوط الصغير
٤٧٦ - ٤٧٩
- ١٩١ - مسألة : من له القصاص في الطرف إذا استوفى الطرف ...
٤٧٩ - ٤٨٢
- ١٩٢ - مسألة : من له القصاص في النفس إذا قطع طرف من عليه
القصاص
٤٨٢ - ٤٨٤
- ١٩٣ - مسألة : المشجوج رأسه أو المقطوعة يده إذا عفا عن الشجة
و القطع
٤٨٤ - ٤٨٦
- ١٩٤ - مسألة : القصاص إذا كان بين صغير وكبير
٤٨٦ - ٤٨٩
- ١٩٥ - مسألة : القتل بالثقل دقاً لا يوجب القصاص
٤٨٩ - ٤٩١
- ١٩٦ - مسألة : شهود القصاص إذا رجعوا بعد الاستيفاء
٤٩٢ - ٤٩٣
- ١٩٧ - مسألة : الجمل أو الصبي أو المجنون إذا صايل على إنسان فقتله
٤٩٣ - ٤٩٦
- ١٩٨ - مسألة : المسلم يقتل بالذمي قصاصاً
٤٩٦ - ٥٠٠
- ١٩٩ - مسألة : الحر يقتل بالعبد قصاصاً
٥٠٠ - ٥٠٢
- ٢٠٠ - مسألة : مباح الدم بأي سبب إذا التجأ إلى الحرم يصير آمناً
٥٠٢ - ٥٠٥
- ٢٠١ - مسألة : دية العبد المقتول خطأ لا يزداد على عشرة آلاف درهم
٥٠٦ - ٥٠٩
- ٢٠٢ - مسألة : القتل العمد لا يوجب الكفارة
٥٠٩ - ٥١٠
- ثبت المراجع
٥١٣ - ٥١٥

للمحقق

(أولاً) في التأليف

- ١ - نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي - الجزء الأول : في الفقه الحنفى . وبه فهرست تاريخى للمراجع - الطبعة الأولى . مطبعة الفجالة الجديدة . القاهرة ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م .
- ٢ - مذكرات في الفقه الحنفى . لطلبة الصف الرابع بكلية الشريعة - جامعة دمشق . مطبعة جامعة دمشق . ١٣٧٩ هـ - ١٩٥٩ م .
- ٣ - الحكم الشرعى والقاعدة القانونية - دار القلم بالكويت - ١٤٠٢ - ١٩٨٢ م . وسبق نشره في مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر .
- ٤ - التصرفات والوقائع الشرعية - دار القلم بالكويت . ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م . وسبق نشره في مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر .
- ٥ - الربا وأكل المال بالباطل - دار القلم بالكويت . ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م . وسبق نشره في مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر .
- ٦ - تقنين الفقه الإسلامى - إدارة إحياء التراث الإسلامى بدولة قطر . الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢ م والطبعة الثانية مزيدة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م .
- ٧ - أحكام العقود الناقلة للملك في الفقه الحنفى - دار الثقافة ، قطر ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- ٨ - أحكام المعاملات المالية في الفقه الحنفى - دار الثقافة ، قطر ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

(ثانياً) في تحقيق مخطوطات الفقه والأصول

تحقيق ونشر المخطوطات الآتية لأول مرة :

- ١ - تحفة الفقهاء - لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ) وهو أصل بدائع الصنائع للكاساني (٥٨٧ هـ) . مطبعة جامعة دمشق . ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٩ م . في ثلاثة أجزاء . وطبع ثانياً تصويراً من الأولى في قطر ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م .
- ٢ - ميزان الأصول في نتائج العقول (المختصر) - لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ) . مطابع الدوحة الحديثة - الدوحة ، قطر ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .
- ٣ - طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف - للشيخ الإمام محمد بن عبد الحميد الأستندي (٥٥٢ هـ) وهو هذا .
- ٤ - أصول الفقه - لصاحب طريقة الخلاف المتقدم . (تم إعداده للنشر قريباً إن شاء الله) .

(ثالثاً) البحوث والمقالات

- ١ - العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري - مجلة القانون والاقتصاد . السنة الخامسة والعشرون . العددان الأول والثاني ، مارس ويونيه سنة ٩٥٥ م ، ص ١١٠ - ٢٠٠ .
- ٢ - كلمة في الحجة على المدين في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني العراقي - مجلة المحاماة بمصر ، السنة ٣٦ (السادسة والثلاثون - العدد التاسع ، سنة ١٩٥٥ م ، ص ١٤٣٠ - ١٤٤٩) .
- ٣ - مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثاني ، من السنة الثامنة .

- ٤ - مصطلحات القانون ومصطلحات الفقه الإسلامى واستعمال كل فى مجال الآخر - مجلة جامعة أم درمان الإسلامية بالسودان ، العدد الأول ، السنة الأولى ، سنة ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م .
- ٥ - القضاء فى مصر بين الوحدة والتعدد (فى سبعة فصول وخاتمة) . الفصل الأول : من الفتح الإسلامى إلى الفتح العثمانى (عهد القضاء الإسلامى) ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث من السنة التاسعة عشرة . وبقية الفصول الستة الأخرى والخاتمة تحت الطبع .
- ٦ - مصطلحات أصول الفقه وعقد البيع مع أستاذنا الجليل صاحب الفضيلة المرحوم الشيخ على الخفيف ، رحمه الله وجعل الجنة مثواه . (لمجمع اللغة العربية بمصر . ١٩٧٤ هـ - ١٩٧٥ م) . وما زالت تحت النشر لدى المجمع .
- ٧ - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، تجربة حاسمة فى أسلوب دراسة الفقه الإسلامى ، مجلة أضواء الشريعة التى تصدرها كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض . العدد الثامن - جمادى الآخرة ، سنة ١٣٩٧ هـ .
- ٨ - منهج الإسلام فى حل المنازعات بين الناس - مجلة أضواء الشريعة المتقدمة - العدد التاسع ، سنة ١٣٩٨ هـ .
- ٩ - الاسم فى الشريعة الإسلامية . حولى كلية الشريعة - جامعة قطر . ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .
- ١٠ - علم أصول الفقه وعلم أصول القانون . حولى كلية الشريعة - جامعة قطر ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .
- ١١ - الدين والعين فى الفقه الإسلامى ، والحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الغربى . مجلة القانون والاقتصاد . العدد الخاص بالعيد المثلوى لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - (مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٣) .

١٢ - الحوالة في الفقه الإسلامي - الباب الأول : في المذهب تالحنوفي - حولية كلية الشريعة بجامعة قطر . العدد الرابع ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، ص ٤٤٩ - ٥٤٠ .

١٣ - الحوالة في الفقه الإسلامي - الباب الثاني : في المذاهب الثلاثة الأخرى : المالكي والشافعي والحنبلي - حولية كلية الشريعة بجامعة قطر ، العدد السادس ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، ص ٢٦١ - ٣٠٤ .

١٤ - لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وإساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي - مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة والخمسون ١٩٨٥ م . ص ١٧ - ٦٤ .

تحت النشر الآن :

١٥ - القضاء في المجتهد فيه : متى يكون نهائياً - في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد السابع والخمسون .

١٦ - القبض في العقود المالية في الفقه الإسلامي الحنفى .

(رابعاً) في التقنين

١ - الإسهام في وضع مشروع التقنين المدني الأردني (القانون الصادر في ٢٣ من آيار (مايو) سنة ١٩٧٦ م ، والمنشور في الجريدة الرسمية الأردنية في عددها الصادر في الأول من آب (أغسطس) سنة ١٩٧٦ م ، والمطبق في مطلع عام ١٩٧٧ م) .

٢ - مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية في الفقه الإسلامي مع مذكرة إيضاحية لكل مادة - لجنة تقنين الفقه الإسلامي بمجلس الشعب المصري ١٩٨٣ هـ - ١٩٨٤ م .

في ذكرى أستاذنا السهوري رحمه الله وجعل الجنة مثواه

المتوفى في ٢٠ / ٦ / ١٩٧١

- ١ - السهوري : القدوة والمثل - مقال في مجلة القضاء ، عدد سبتمبر سنة ١٩٧٣ ص ٢٨ - ٣٤ . ومجلة القضاء العراقية عدد سبتمبر سنة ١٩٧٣ .
- ٢ - أستاذنا السهوري والشرعية الإسلامية (معهد الفقه الإسلامي المقارن) - مقال في مجلة « هيئة قضايا الدولة » عدد يونية سنة ١٩٨٩ .
- ٣ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ومنهج دراسة الفقه الإسلامي - مقال منشور في مجلة « البحوث الفقهية المعاصرة » التي تصدر في الرياض بالسعودية ، العدد الثاني ، السنة الأولى ١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م ، ص ١٠٢ - ١٢٦ .

والحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين
« ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم »